



HAL
open science

L'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires

Clara Delmas

► **To cite this version:**

Clara Delmas. L'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires. Droit. Université de Lyon, 2019. Français. NNT: . tel-04085902

HAL Id: tel-04085902

<https://shs.hal.science/tel-04085902v1>

Submitted on 30 Apr 2023

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

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



N°d'ordre NNT : LYSE3---

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Lumière Lyon II

Ecole Doctorale N° ED492

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit privé

Soutenue publiquement le 04/10/2019, par :
Clara DELMAS

**L'appréhension des convictions
religieuses par les juges judiciaires**

Devant le jury composé de :

FORTIER VINCENTE, Directrice de recherches au CNRS, Université de Strasbourg, rapportrice.
LANDHEER-CIESLAK CHRISTELLE, Professeure, Université Laval (Québec), rapportrice.
JAMIN CHRISTOPHE, Professeur, École de droit de Sciences Po Paris.
PHILIP-GAY MATHILDE, MCF HDR, Université Jean Moulin Lyon III.
FULCHIRON HUGUES, Professeur, Université Jean Moulin Lyon III, directeur de thèse.
GILBERT SIMON, Professeur, Université Paris-Est Créteil, directeur de thèse.

L'université n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

« Je ne suis qu'amour »

E. BAER

Ces remerciements s'adressent à tous ces hasards, ces rencontres, qui ont forgé la destinée de ce travail, qui m'ont soutenue chaque fois que je doutais, qui ont donné du sens et de la joie à ces cinq années.

À mon directeur de thèse, le Professeur Hugues FULCHIRON, envers qui rien ne saurait suffisamment exprimer ma profonde reconnaissance et mon admiration sincère. À mon directeur de thèse, le Professeur Simon GILBERT, pour avoir accepté d'encadrer ce travail de recherche, mais aussi pour ses remarques précises et son précieux aiguillage. À tous les chercheurs avec qui j'ai eu la chance d'échanger, de travailler, et qui ont, avec une bienveillance remarquable, éclairé mes recherches, appuyé ou confronté mes idées, encouragé ma confiance et ma progression.

À mes parents, qui n'ont eu de cesse de m'aider et de m'accompagner, depuis toujours. À mes grands-parents, Georges et Simone, pour leur curiosité, leur volonté sans cesse renouvelée de lire mes travaux et d'assister à ma soutenance, à leurs visites et leur ouverture d'esprit. À mes grands-parents, Michel et Arlette, pour leurs encouragements, à leur immense fierté et leur affection.

Aux magnifiques rencontres qui ont animé ces cinq années d'étude, aux amitiés fortes qui se sont créées et qui m'accompagneront toujours ; à mes acolytes de Lyon 3, Bastien, Guillaume, Richard ; à Lucie, pour son regard philosophique, ses convictions et sa volonté ; à ma si jolie bande de Lyon 2, si créative, si humaniste, si convaincue, mes très chers Annabelle, Mathieu, Iza, Julien, Matthias, Jean-Baptiste, Clémentine, Léa, Luc, Pauline, Valentin, Paul ; à mes adorés collègues parisiens, qui m'ont accueillie à bras ouverts et avec tant de bienveillance, Yves, Maxime, Cassandre, Léo, Pauline, Dan, Marie ; à Françoise, Kevin, Guillemette, Aurélie, Rebecca, Amélie, Younès, Amar, Margaux, Marylou, Mailys, Aurélien J., Ariane.

À François-Henri, pour ses précieuses relectures, ses encouragements incessants, pour ses travaux qui ont toujours été une source d'inspiration et pour sa confiance, celle qui donne envie de faire bien et juste. À mon amie de toujours, Hestia, à ses valeurs, ses combats, ses passions.

À mes très très chers amis lyonnais, Audrey, Rémy, Émilie, pour leur soutien et leur persévérance, pour leur présence à chaque instant de vie. À ma belle bande néo-parisienne, mes adorés Andrei, Arthur, Thomas, Mathieu, Jean-Philippe, Victoria dont les sourires et les encouragements ont accompagné les derniers mois de travail.

À vous tous, infiniment.

À mes grands-parents

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Sources du droit

Art. : article	CSP : Code de la santé publique
C. civ. : Code civil	Conv. EDH : Convention Européenne de
C. com. : Code de commerce	Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Li-
CGCT : Code général des collectivités territo- riales	bertés Fondamentales
CP : Code pénal	L. : loi
	Déc. : décision

Publications

AJ fam. : Actualité Juridique Famille	JO : Journal Officiel
AJCT : Actualité Juridique Collectivité Territo- riales	LPA : Les Petites Affiches
AJDI : Actualité Juridique Droit Immobilier	RDC : Revue droit des contrats
Arch. Ph. Dr. : Archives de philosophie du droit	RDP : Revue droit public
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des Chambres civiles et de la Cour de cassation	RFDA : Revue française de droit administratif
D. : Recueil Dalloz	RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Def. : Revue du notariat Defrénois	Rép. civ. Dalloz : Répertoire civil Dalloz
Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine	Rép. pén. Dalloz : Répertoire pénal Dalloz
Dr. fam. : Revue Droit de la famille	RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juri- diques
Dr. pén. : Revue Droit pénal	RJTUM : Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
Gaz. pal. : Gazette du Palais	RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal
JCP ou JCP G : Semaine juridique, édition générale	RRJ : Revue de la recherche juridique
JCP E : Semaine juridique, entreprise et affaire	RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
JCP N : Semaine juridique, édition notariale	RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
	RTD com. : Revue trimestrielle de droit com- mercial

Juridictions

Cass. ass. plén. : arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation	Cass. soc. : arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
CA : arrêt d'une Cour d'appel	CC. : décision du Conseil constitutionnel

CAA : arrêt d'une cour administrative d'appel	Cour EDH : arrêt ou décision de la Cour européenne des droits de l'Homme
Cass. ch. mixte : arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation	CSC : Cour Suprême du Canada
Cass. civ. : arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation	CSQ : Cour Supérieure du Québec
Cass. com. : arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation	DDD : Défenseur des Droits
Cass. crim. : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation	G.C. : Grande Chambre
Cass. req. : arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation	TC : Tribunal des conflits
CE : arrêt du Conseil d'État	TDPQ : Tribunal des droits de la personne du Québec
Com. EDH : décision de la Commission européenne des droits de l'homme	Trib. civ. : jugement d'un tribunal civil
	TI : jugement d'un tribunal d'instance
	TGI : jugement d'un tribunal de grande instance
	USSC : Cour Suprême des États-Unis

Abréviations usuelles

Aff. : affaire(s)	<i>Ibid</i> : au même endroit d'un texte déjà cité
Al. : alinéa	<i>Idem</i> : de même
Chron. : chronique	<i>In</i> : dans
Concl. : conclusions	Obs. : observations
<i>Contra</i> : en sens contraire	<i>Op. cit.</i> : <i>opere citato</i> : dans l'ouvrage précité
Ed. : Edition	Préc. : précité
Ex. : exemple	v. : voir
Fasc. : fascicule	s. : et suivants
	TLFI : Trésor de la Langue Française Informatisé

SOMMAIRE

PARTIE 1 – COMPRENDRE L’APPRÉHENSION JUDICIAIRE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

TITRE 1 – LA PÉNÉTRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

Chapitre 1 – L’apparition des convictions religieuses

Chapitre 2 – La composition des convictions religieuses

TITRE 2 – L’ÉVICTION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DE LA MÉTHODE JUDICIAIRE

Chapitre 1 – Une technique juridictionnelle établie

Chapitre 2 – Une technique juridictionnelle imparfaite

PARTIE 2 – CONSTRUIRE LA PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

TITRE 1 – LA PÉNÉTRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LE RAISONNEMENT JURIDIQUE

Chapitre 1 – Un renversement épistémologique

Chapitre 2 – Une opportunité théorique

TITRE 2 – L’INTÉGRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LA MÉTHODE JUDICIAIRE

Chapitre 1 – Un objet de protection juridique

Chapitre 2 – Un objet d’appréciation juridique

« L'éternellement changeante multiformité du monde tout autour, et le microcosme pétrifié d'un œil qui lit, comme un noyau de silence au cœur d'une détonation. »

A. BARRICCO, *Châteaux de la colère*.

« Ne soyez pas victimes de vos préjugés de classe, religieux, politiques ou moraux, ne croyez pas que la société soit intangible, l'inégalité et l'injustice inévitables, la raison et la volonté humaine incapables d'y rien changer. »

O. BAUDOT, *Harangue à des magistrats qui débutent*.

« [...] de même que l'écrivain pour qui une phrase n'est pas une phrase tant qu'elle n'est pas *la* phrase, pour qui le texte est corps et souffle, rythme et puissance, grâce et poésie, pèse chaque mot avant de le placer dans l'écrin de ses pages, s'incarne dans le verbe, est *le Verbe en personne*, le mathématicien qui dans une simple formule perçoit autre chose qu'une suite de nombres et de symboles obscurs, mystérieux, à savoir un moyen de se soustraire au monde pour mieux s'en emparer, d'échapper au réel pour mieux l'assujettir, ce mathématicien-là s'incarne dans le nombre comme l'écrivain dans le verbe, est *le Nombre en personne*. »

F.-H. DESERABLE, *Évariste*.

INTRODUCTION

1. Rituels judiciaires. Le juge judiciaire évolue au sein d'une institution juridique marbrée d'héritages religieux. Véritable « syncrétisme judiciaire »¹, le palais de justice, « temple de la Loi »², délimite les frontières du lieu, rythmé par une temporalité propre, où la justice doit être rendue. Celui du juriste ou du profane qui pénètre dans un tribunal y sera alors frappé par l'association de symboles et de traditions empruntant à la Religion, à la Royauté, à la République, « unissant le sacré et la proximité, agrégeant parfois la scène biblique, l'adage antique, le précepte philosophique, la représentation maçonnique, le dogme laïque »³. La fonction rituelle⁴ du tribunal, à la fois hétérotopie et espace sacré de Justice, se révèle ainsi par l'existence de rites judiciaires inhérents à l'institution : un espace, un temps, une robe, des gestes, des symboles, des paroles caractéristiques de l'acte de juger. Le procès, véritable « rituel »⁵, représente alors le « moyen de faire descendre la justice sur la terre »⁶ ; le juge y est comme doté d'une « fonction mystique, quasi-divine »⁷.

De cette proximité d'apparence, la France a cherché à s'émanciper en laïcisant ses lieux de justice. La Révolution française constitue le point de départ de ce processus, ce qui, paradoxalement, n'empêcha guère l'installation des nouveaux Palais de Justice au sein de palais épiscopaux, de couvents et d'autres lieux religieux confisqués⁸. À partir de la fin du XIX^e siècle, la République fut exaltée ; les règles de construction évoluèrent vers plus de transparence et moins de dramatisation ; symboles et allégories disparurent au bénéfice de structures aérées et épurées. La symbolique religieuse fut, de la sorte, peu à peu effacée de l'institution juridique. Le tribunal et le procès conservent toutefois leurs rituels, mais ceux-ci ne sont désormais que la mise en scène d'un

¹ E. MADRANGES, *Les palais de justice de France*, LexisNexis, 2011, v. « Avant-propos ».

² A. GARAPON, « Préface », in *Rituel(s) de justice. Essai anthropologique sur la Relation du Temps et de l'Espace dans le Procès*, sous la dir. de D. MARRANI, E.M.E., 2011, p. 7.

³ E. MADRANGES, *op. cit.*

⁴ M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, Gallimard, Folio, 1965 (impr. 2018), p. 28.

⁵ R. JACOB et N. MARCHAL, « Jalons pour une histoire de l'architecture judiciaire », in *La Justice en ses temples. Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Brissaud, 1992, p. 27.

⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 430.

⁷ M. KEBIR, *Le libre arbitre du juge*, Dalloz, 2019, p. 5. C'est en effet en substituant le procès aux ordalies que les juges prirent la place de Dieu ; sur ce point, v. R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014.

⁸ En 2011, il reste environ une trentaine de juridictions toujours installées dans des édifices religieux ; comme le TGI de Laon, le Palais de Justice de Béziers ou encore celui d'Orange (v. E. MADRANGES, *Les palais de justice de France*, préc.).

« spectacle laïque »⁹, débarrassé du religieux. Le rituel judiciaire offre ainsi un cadre à l'acte de juger ; il absorbe les émotions, offre un temps et un lieu de mise à distance de l'opinion, de l'indignation, de la colère publique. « Juger, c'est [ainsi] reproduire à l'infini ce travail de mise à distance initié par le rituel, c'est s'arracher à un jugement spontané pour se faire tiers à soi-même »¹⁰. Rechercher la distance par la mise en scène et le rituel judiciaire, voilà, selon Antoine GARAPON, une condition irréductible du « bien juger ». Cette distance s'est exportée sensiblement dans le contentieux impliquant des questions religieuses, comme si la laïcisation et la sécularisation de l'acte de juger avaient alimenté un rituel judiciaire évinçant le religieux des décisions de justice. Ainsi a-t-on cherché à bien juger de ces questions par leur mise à distance du raisonnement judiciaire.

2. Laïcité et neutralité judiciaire. Cette distance prudente des juridictions judiciaires envers le religieux peut s'expliquer par une certaine compréhension des conséquences de la laïcité sur la fonction de juger. La France est en effet un État laïque ; cette caractéristique est constitutionnellement consacrée à l'article 1^{er} de la Constitution de 1946 ainsi qu'à celui de la Constitution de 1958¹¹. Souvent présentée comme une « singularité »¹², un modèle ou encore une spécificité française¹³, la laïcité est pourtant un terme polysémique. Elle peut s'entendre d'une « construction intellectuelle tendant à empêcher l'emprise de toute confession sur la société, ce qui a pour conséquence de proscrire l'imposition d'une religion civile par le politique tout en renvoyant les affaires spirituelles à la sphère privée »¹⁴. Dans cette perspective, la laïcité évoque la neutralité religieuse des citoyens dans l'espace public. Elle s'est notamment déployée dans certains discours politiques, au service de la promotion d'une sorte d'athéisme collectif¹⁵. En réaction, d'aucuns ont indiqué souhaiter lutter contre ce qui a pu, pour certains, apparaître comme un intégrisme laïque, contribuant à troubler les lignes de compréhension de la laïcité en en faisant un modèle à défendre contre le risque de sa « radicalisation »¹⁶. Ces conceptions se distinguent pourtant de la laïcité entendue au sens juridique du terme. Celle-ci est avant-tout un cadre, celui de la séparation

⁹ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, p. 321.

¹⁰ *Ibid.*, p. 304.

¹¹ V. sur cette question A. LEVADE, « Les fondements constitutionnels de l'État laïque », in *Laïcité de l'État et État de droit*, actes du colloque organisé le 3 mai 2018 à l'Assemblée nationale, sous la dir. de B. NABLI, Dalloz, 2019, p.45.

¹² P. RAYNAUD, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Gallimard, 2019.

¹³ A. BOYER, *Le droit des religions en France*, PUF, 1993, p. 12s.

¹⁴ M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016, p. 13. L'auteur se fonde sur une définition proposée dans l'*Encyclopédie philosophique universelle*, PUF, 1998, vol. I, v. « Laïcité », p. 1432.

¹⁵ On pense notamment à Marine LE PEN, qui avait proposé d'interdire l'ensemble des signes religieux ostensibles dans l'espace public ; mais ce positionnement n'est pas l'apanage de l'extrême droite, et les initiatives ponctuelles d'extension de la neutralité religieuse des personnes privées se multiplient, comme ce fut le cas avec les affaires du burkini).

¹⁶ C'est le cas du Président Emmanuel MACRON, en décembre 2017. C. KINTZLER, « "Radicalisation" de la laïcité : les propos ambigus du Président Macron », *Causeur* (2 janv. 2018).

des Églises et de l'État, et se décline autour de trois principes : « ceux de la neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme »¹⁷. En ce sens, la laïcité est un principe visant à garantir la liberté de conscience pleine et entière des citoyens ainsi que la non-discrimination religieuse¹⁸ par le biais de la séparation des Églises et de l'État¹⁹ et d'une obligation de neutralité de ce dernier.

3. Le principe de laïcité fait, en outre, peser sur l'État et ses agents un devoir de neutralité, corollaire de l'égalité de traitement de l'usager du service public²⁰, à l'égard de toutes les opinions ou croyances. Cette neutralité est, sous la plume de RIVERO, la « loi commune de tous les agents publics dans l'exécution de leur service »²¹. Aussi, et bien qu'ils forment un corps autonome de la fonction publique²², les juges judiciaires ont la qualité d'agents de l'État participant au service public de la Justice, et sont, à ce titre, soumis aux règles découlant du principe juridique de laïcité, d'égalité devant la loi et, *ipso facto*, de neutralité. Il leur incombe donc d'observer une stricte neutralité, notamment religieuse. Le port de signes distinctifs à caractère religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions²³ ; récemment, le serment prêté par les magistrats a été laïcisé par la suppression du terme « religieusement »²⁴. Autrement dit, « l'aspect des acteurs de la justice doit donner à voir leur neutralité et, en creux, celle de l'autorité judiciaire »²⁵. Au-delà de l'apparence, la neutralité doit aussi être substantielle. Les obligations déontologiques du magistrat l'enjoignent à demander à être dessaisi ou à se déporter chaque fois que son engagement, de nature politique, philosophique, confessionnelle, religieuse ou associative aurait pour conséquence de restreindre sa liberté de réflexion ou son analyse et, partant, de mettre en cause son impartialité²⁶.

Dès le début des années 2000, Vincente FORTIER avait soulevé les difficultés d'application de cette obligation de neutralité ; « c'est », écrivait-elle, « que la neutralité judiciaire ne se pratique pas

¹⁷ *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'Etat, 2003.

¹⁸ J. BAUBÉROT et M. MILOT, « Introduction. Laïcité, laïcités : pistes de réflexion et d'analyse », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 11, spéc. p. 16.

¹⁹ Instaurée par la loi du 9 décembre 1905. Sur l'élaboration de cette loi, v. notamment J. BAUBÉROT, « La loi de 1905 : fondement de la laïcité de l'État », in *Laïcité de l'État et État de droit*, actes du colloque organisé le 3 mai 2018 à l'Assemblée nationale, sous la dir. de B. NABLI, Dalloz, 2019, p. 9 ; J. LALOUETTE, *La séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée. 1789-1905*, Seuil, 2005.

²⁰ *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 273.

²¹ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2005, vol. 48, p. 257.

²² Leur statut est régi par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958, dite « ordonnance statutaire ». Sur ce point, v. S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 14e éd., Dalloz, 2017, n° 822s., p. 913s.

²³ CE avis, 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*, n° 217017, *AJDA* 2000. 673, chron. M. GUYOMAR et P. COLIN ; Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²⁴ Loi organique n° 2016-1090, 8 août 2016, art. 10.

²⁵ V. DERVIEUX, « Audience et laïcité », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 262, p. 6

²⁶ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 2019, art. 10 du Chapitre II relatif à l'Indépendance.

aisément»²⁷. Près de vingt ans plus tard, ce constat demeure. Nous avons pu observer, à l'occasion d'une enquête menée auprès des acteurs de la Justice, que la mise en œuvre des exigences de neutralité et d'impartialité donnait lieu à des attitudes divergentes à l'égard du religieux²⁸. Si le principe de neutralité religieuse des juges ne pose pas de difficultés, chacun s'accordant à ce que ses propres convictions religieuses ne pèsent pas dans la balance, c'est du point de vue des justiciables que des irrégularités se manifestent. Une grande partie de ces magistrats se retranche derrière une conception de la laïcité et de la neutralité selon laquelle les convictions religieuses des mis en cause ne doivent pas avoir d'influence sur la décision finale²⁹. Une forme de neutralité d'abstention se dessine ainsi comme la garantie offerte aux justiciables de mettre en œuvre librement leurs choix religieux, les juges judiciaires se mettant en retrait par rapport à ces choix afin de s'assurer de respecter les convictions religieuses de chacun³⁰. Dans cette perspective, le principe de laïcité est interprété comme interdisant aux juges de prendre en considération les convictions religieuses des individus parties aux litiges sur lesquels ils sont amenés à statuer.

Du point de vue de l'interdiction des discriminations, cette distance est compréhensible, voire nécessaire. Nul ne saurait en effet opérer un quelconque catalogage d'un justiciable dans une appartenance religieuse ; l'article 1^{er} de la Constitution³¹ et l'article 14 de la Convention EDH³² l'interdisent. La mise à distance du religieux incarne ainsi, de la part des juges judiciaires, une distance prudente à l'égard des croyances des justiciables. Elle pose toutefois question lorsqu'au contraire une donnée de nature religieuse est au cœur du différend qui oppose les parties.

4. Une contribution à l'élaboration du droit privé des religions. En dépit de l'importante littérature consacrée à la laïcité, au fait religieux, à la liberté de religion, la pratique des juges judiciaires demeure irrégulière. Les clefs de compréhension et les grilles de lecture que la science juridique a brillamment mises en exergue ne satisfont vraisemblablement pas les besoins de la pratique en la matière. L'étude des décisions de justice et l'évolution récente de la méthode judiciaire en matière de droits et libertés fondamentaux n'ont fait que renforcer la nécessité

²⁷ V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, CNRS Éditions, 2000, p. 13.

²⁸ V. sur ce point les résultats de l'enquête menée dans le cadre du projet GIP, M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019, à paraître.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ V. en ce sens, et spécifiquement sur la réorientation contemporaine de la laïcité autour de la neutralité plus que de la séparation : J.-M. WOERHLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, 2011/1, p. 63.

³¹ La République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

³² « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

d'un éclaircissement des modalités de prise en compte des convictions religieuses, de protection de la liberté de religion et de l'élaboration d'un droit privé des religions. La notion de droit des religions, qui s'est imposée depuis les années 1980, ne porte pas sur le droit interne des religions mais a pour objectif de construire, du point de vue juridique, la gestion la plus adéquate des phénomènes religieux dans la société. À l'origine, la discipline, essentiellement publique, concerne les relations entre les Églises et l'État, mais on assiste depuis quelques années à un glissement de la problématique vers les relations entre les individus³³. Cette thèse cherche donc à répondre à la nécessité de l'élaboration et de la juridicisation du droit privé des religions, en clarifiant, définissant, organisant certains concepts fondamentaux de la matière, ainsi qu'en élaborant une méthodologie judiciaire de prise en compte des convictions religieuses et de protection de la liberté de religion. Pour ce faire, cette recherche s'est intéressée aux rapports entre la protection substantielle du droit à la liberté de religion et l'importation des méthodes de raisonnement européens. Celles-ci illustrent les enjeux inhérents tant aux recompositions des droits et libertés qu'aux mécanismes méthodologiques juridictionnels de garantie de ces droits. L'introduction du contrôle de proportionnalité dans le raisonnement judiciaire français a en effet été largement explorée par la doctrine privatiste, mais les analyses portent surtout sur la place du juge dans un système civiliste, sur les risques et les conditions de cette introduction, et, sur le fond, concernent principalement le droit au respect de la vie privée et familiale. Pourtant, les conséquences de cette acclimatation³⁴ méthodologique des privatistes au maniement de la CEDH et de ses mécanismes ont un impact particulier sur la manière avec laquelle les juges judiciaires peuvent appréhender la religiosité et la liberté de religion. Il est donc essentiel que soient apportés des éléments de compréhension de la jurisprudence judiciaire en la matière, voire de construire une méthodologie clarifiée et adaptée tant à la matière qu'aux recompositions contemporaines de la religiosité et du raisonnement judiciaire.

5. Une place pour le juge judiciaire dans la protection de la liberté de religion ? En droit interne français, la protection des libertés fondamentales, la laïcité – et, à travers elle, l'organisation des rapports Églises/État – relèvent pour une large part de la compétence des juridictions administratives et constitutionnelles³⁵.

³³ V. en ce sens, F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 24.

³⁴ Selon l'expression de C. JAMIN, in C. JAMIN et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, p. 177.

³⁵ V. notamment J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, 2003 ; G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2000, [th. Caen].

L'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, intégrée au bloc de constitutionnalité depuis la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971³⁶, dispose que « nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». La liberté de religion est ainsi considérée comme l'un des éléments de la liberté de conscience, érigée par le Conseil constitutionnel en principe fondamental reconnu par les lois de la République³⁷. Dans sa décision QPC du 21 février 2013, il a également fait du principe de laïcité l'un des principes figurant au nombre des « droits et libertés que la Constitution garantit » au sens de l'article 61 § 1 de la Constitution, faisant de ses composantes autant de droits susceptibles d'être actionnés par les justiciables *via* la question prioritaire de constitutionnalité³⁸. Objet d'un contentieux constitutionnel quasi inexistant³⁹, la liberté religieuse est en outre au cœur du contentieux administratif. Au regard des libertés fondamentales tout d'abord, le Conseil d'État a dégagé de façon prétorienne des principes généraux du droit protecteurs des droits et libertés individuels, contribuant à ce que le juge administratif soit, lui aussi, aisément perçu comme jouant « un rôle primordial dans la défense des libertés publiques »⁴⁰, ce qui comprend la liberté religieuse. Depuis l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933, il exerce un contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative, recherchant si des mesures moins attentatoires aux libertés auraient pu être prises⁴¹. Son pouvoir protecteur a, de surcroît, été étendu par le référé-liberté, procédure d'urgence lui permettant de prendre toutes les mesures provisoires, voire irréversibles, nécessaires à la cessation en urgence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale⁴². On ne saurait omettre, par ailleurs, le contentieux des droits de l'Homme qui s'envisage en premier lieu selon une logique verticale d'ingérence de l'État dans les droits de l'individu, et dont la sanction se manifeste dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir⁴³.

Plus spécifiquement en matière religieuse, le Conseil d'État s'est affirmé comme le « régulateur de la laïcité »⁴⁴, tant en ce qui concerne le principe de laïcité, qui intéresse les relations entre les collectivités publiques et les particuliers, qu'en ce qui concerne le principe de neutralité, qui régit quant à lui le fonctionnement des services publics. Il fut d'abord associé, tout au long du

³⁶ CC, déc. n° 71-44 DC, 16 juil. 1971, *Liberté d'association*.

³⁷ CC, déc. n° 77-87 DC, 23 nov. 1977.

³⁸ CC, déc. n° n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

³⁹ A. LEVADE, « Les fondements constitutionnels de l'État laïque », in *Laïcité de l'État et État de droit*, actes du colloque organisé le 3 mai 2018 à l'Assemblée nationale, sous la dir. de B. NABLI, Dalloz, 2019, p. 47.

⁴⁰ S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ, 1991, spéc. p. 6.

⁴¹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, 17520, publié au recueil Lebon.

⁴² En 2016, ce contentieux représentait pas moins d'une requête sur trois en première instance. Sur l'évolution de l'office du juge administratif en matière de libertés fondamentales, v. J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », in *Les entretiens du contentieux*, colloque organisé au Conseil d'État le 4 novembre 2016.

⁴³ Par exemple, voir CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, n° 27355.

⁴⁴ M. LONG, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUF, 1995, p. 88.

XIX^e siècle, à la régulation et à l'organisation de la vie religieuse, particulièrement au travers des recours pour abus qui donnèrent lieu à quelques quatre-cent litiges entre 1802 et 1905. À compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1905, il joua davantage le rôle d'organisateur des rapports entre l'État et les Églises et qualifia la laïcité de principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴⁵. Certains auteurs évoquent à cet égard la « véritable construction par la Haute Assemblée des fondements de la laïcité »⁴⁶, le Conseil d'État veillant au respect de la liberté de conscience et de la liberté religieuse en conformité avec les règles d'organisation des cultes et sous réserve des restrictions exigées par l'ordre public. Que l'on songe au concours financier des collectivités publiques aux associations ayant des activités culturelles⁴⁷, au port de signes religieux dans les établissements scolaires publics⁴⁸, à l'installation des crèches dans les bâtiments publics⁴⁹ et autres sonneries de cloches, le contentieux de la laïcité et de la liberté religieuse se présente régulièrement comme le domaine d'action privilégié des juridictions administratives en ce qu'elles figurent au cœur de la construction et de la pérennisation de l'équilibre que crée la laïcité entre la liberté de religion, l'intérêt général et l'ordre public.

6. Il serait toutefois erroné de croire que les juridictions de l'ordre judiciaire sont étrangères aux questions religieuses et à la protection de la liberté de religion des justiciables.

7. **La « vocation »⁵⁰ du droit privé à appréhender la religiosité.** Si l'on veut bien admettre que le contentieux relatif aux cultes et aux associations culturelles, à la neutralité de l'État et des services publics, aux menus confessionnels, et, de façon générale, à la distinction entre l'État et les religions ainsi que les rapports pouvant se nouer entre les institutions de ces deux ordres, relève de la compétence des juridictions administratives et constitutionnelles, le droit privé n'est guère étranger aux litiges imprégnés de religiosité. Il en constitue au contraire un terrain fertile, où les relations familiales et conjugales représentent la majeure partie du contentieux, le contrat de

⁴⁵ CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° 219379. Il se réfère parfois au « principe constitutionnel de laïcité », à l'instar de l'arrêt CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560.

⁴⁶ J. BARTHELEMY, « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité », *Rev. administrative*, 1999, n° spécial 2, p. 46.

⁴⁷ CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560.

⁴⁸ CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, n° 285394.

⁴⁹ CE Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 ; CE Ass., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.

⁵⁰ Selon l'expression de C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 2.

travail suscitant de même bon nombre de questions. En ces domaines, « le fait religieux est relayé par le juge quand il touche la sphère privée, qu'il est chargé de garantir »⁵¹.

8. C'est surtout en raison des recompositions religieuses contemporaines que le rôle du droit privé dans la protection de la liberté de religion révèle tout son potentiel. Le phénomène de sortie de la religion, notamment pensé par Marcel GAUCHET dans *Le désenchantement du monde*⁵², témoigne de ces recompositions, où la religion cesse d'organiser les sociétés humaines pour s'entendre davantage d'une affaire essentiellement privée, qui concerne les individus et la manière dont ceux-ci donnent un sens à leur existence⁵³. En ce sens, a émergé un phénomène d'individualisation du religieux, que l'on pourrait comprendre comme la traduction de l'individualisme, qui met en avant la volonté et la liberté de choix individuels, dans le champ religieux. C'est à l'aune de cette mutation que notre étude s'est intéressée, non à l'appréhension de la religion par les juges judiciaires, mais à l'appréhension des *convictions religieuses* par ceux-ci.

Le *distinguo* est important dans la mesure où il repose sur une différence d'échelle et de prisme. Nul besoin de se livrer à l'entreprise insurmontable de définition univoque de la notion de religion : l'hétérogénéité des phénomènes et l'insaisissabilité scientifique de la notion ont empêché les penseurs de poser, voire d'imposer, une définition du concept⁵⁴. Juridiquement, définir la religion est en outre impossible : la laïcité l'interdit⁵⁵. En sociologie, elle est commandée par une autodéfinition : « la religion sait et dit, de façon élaborée et formalisée, ce qu'est la religion »⁵⁶. Selon DURKHEIM, elle est « un tout de phénomènes religieux »⁵⁷, un « ensemble, plus ou moins organisé et systématisé de phénomènes de ce genre »⁵⁸. Quant aux convictions religieuses, l'expression relève d'une compréhension moderne de la religion⁵⁹ que le droit est, cette fois-ci,

⁵¹ R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 575.

⁵² M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985.

⁵³ P. RAYNAUD, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Gallimard, 2019, p. 149. L'article X de la DDHC, qui énonce un droit (la liberté des opinions, même religieuses) tout en envisageant immédiatement sa répression (pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi) constitue les racines de cette perspective individualiste ; v. en ce sens, J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 7 éd., PUF, 2017, p. 9, et C. LANGLOIS, « Religieux, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, 1989, XXX, p. 471.

⁵⁴ En ce sens, M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 1. On a également pu lire que le mot « religion est l'un de ces mots de la langue française qui ne signifient à peu près rien, en tout cas rien de précis, ou, ce qui revient au même, signifient à peu près n'importe quoi » (C. TRESMONTANT, « De quelques malentendus philosophiques et théologiques », *Arch. Ph. Dr.*, 1993, n° 38, p. 141).

⁵⁵ V. en ce sens, J. ROBERT, « La liberté religieuse », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 629 ; *contra* F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 36.

⁵⁶ D. HERVIEU-LÉGER, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 63/1, p. 11, spéc. p. 24.

⁵⁷ E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ M. GAUCHET, « Le désenchantement désenchanté », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 73, spéc. p. 74.

susceptible de pouvoir saisir⁶⁰. Tel est par exemple le cas au Canada, où la conviction religieuse constitue le point d'accroche de la protection juridique du phénomène religieux⁶¹. Le développement de cette logique individualiste de la religiosité a d'ailleurs impacté la compréhension jurisprudentielle canadienne de la liberté de religion, provoquant un « tournant subjectif » par lequel le champ d'application de la liberté de religion ne se détermine plus au regard de la communauté religieuse d'appartenance mais par l'évaluation de la sincérité des convictions religieuses revendiquées. De telles convictions apparaissent comme « le résultat de l'exercice par chaque être humain de sa propre spiritualité, et l'illustration de la capacité de ce dernier, à se soumettre à un système de références distinct du système juridique, pour orienter, en conséquence, les modalités de son existence »⁶². En l'absence de définition juridique, c'est donc sous le prisme sociologique qu'une grille de lecture pouvait être proposée. On retiendra ainsi une première distinction selon laquelle le terme religion renvoie à un phénomène collectif, c'est-à-dire à l'idée d'appartenance et à l'aspect communautaire et organisé de la religiosité, tandis que la conviction religieuse repose sur une logique individualiste, subjectivée et autoréférentielle de la celle-ci, détachée de l'appartenance religieuse. Cette dichotomie n'est que la traduction de ce que Louis-Philippe LAMPRON décrit comme un « fascinant paradoxe »⁶³ : celui du développement de l'individualisme religieux, et dans le même temps, de l'affirmation de certains communautarismes religieux ou de la radicalisation de certaines religions traditionnelles.

9. Elle fait écho à une autre délimitation terminologique : le vocabulaire oscille de la liberté religieuse à la liberté de religion. Les deux termes semblent employés pour synonymes et les deux libertés paraissent recouvrir le même champ. Une distinction, que nous empruntons à Geneviève KOUBI, contribue toutefois à préciser l'intérêt du sujet et l'orientation que devait prendre la recherche. Selon l'auteure, liberté religieuse et liberté de religion répondent à deux définitions propres qui se caractérisent par une différence d'objet : tandis que la première s'envisage comme « une conception des droits et libertés instruite par des systèmes de croyances, articulée par des institutions d'église, par des autorités morales ou ministres des cultes », la liberté de religion s'ancre dans l'individu et invite à s'interroger sur la liberté de choix « parmi l'éventail des visions cosmologiques du monde »⁶⁴. Si l'on peut contester épistémologiquement la viabilité de cette dis-

⁶⁰ V. en ce sens, J. CARBONNIER, *Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 1 éd., PUF, 2004, vol. 1, p. 46, n° 19.

⁶¹ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 39-40.

⁶² M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 3.

⁶³ L.-P. LAMPRON, préc., p. 9.

⁶⁴ G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de Droit*, 1999, n° 40, p. 721, spéc. p. 723-724.

inction, celle-ci met en relief une différence d'objet qui révèle l'existence et souligne la nécessité de comprendre qu'il peut y avoir entre ces deux libertés une différence de prisme. D'un côté, une liberté tournée vers l'individu ; de l'autre, une liberté dirigée vers une communauté d'appartenance.

S'il apparaît délicat de « délivrer la liberté d'option religieuse individuelle d'un rapport aux institutions de croyance, aux aspects culturels de son exercice »⁶⁵, la distinction est pourtant au cœur de la réflexion menée dans le cadre de cette thèse, et constitue une grille de lecture indispensable à la bonne compréhension de notre recherche. Sans doute est-il possible de comprendre que, « face à la progression des revendications identitaires de nature religieuse, du communautarisme qui peut affecter l'unité de la société », les juridictions judiciaires fassent preuve de prudence envers le religieux, voire « d'une certaine défiance à l'encontre de la liberté religieuse »⁶⁶. Le risque réside alors dans la confusion que les juges judiciaires sont susceptibles d'opérer entre ces deux libertés, et de la méfiance à l'égard de la liberté religieuse (la religion) naîtrait la vigilance envers la liberté de religion (les convictions religieuses). Or, dans quelle mesure la liberté de religion des justiciables peut-elle être effectivement garantie si les juridictions refusent de prendre en considération les convictions religieuses des intéressés ? Quelles sont les limites à cette vigilance juridictionnelle ?

10. Le rôle du juge judiciaire dans la protection de la liberté de religion des justiciables. La défense des libertés n'est « l'apanage d'aucun juge », mais bien « une mission partagée entre le juge administratif et le juge judiciaire, chacun ayant des compétences exclusives à base constitutionnelle – la protection de la liberté individuelle pour le juge judiciaire, le contrôle des mesures prises pour la sauvegarde de l'ordre public pour le juge administratif »⁶⁷. De nombreux indices semblaient pourtant dessiner une « marginalisation » du juge judiciaire en matière de droits et libertés⁶⁸, la restriction de l'interprétation faite par le Conseil constitutionnel de la notion de « liberté individuelle » ayant concouru à cantonner la compétence que l'autorité judiciaire tire de l'article 66 de la Constitution à la détention arbitraire. Il en va de même de l'immixtion du Conseil d'État dans ce qui constituait jadis le pré-carré de l'office du juge judiciaire : le contentieux de la voie de fait, qui l'autorisait à constater, prévenir ou faire cesser ainsi qu'à réparer les

⁶⁵ *Ibid.*, spéc. p. 724.

⁶⁶ V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *RDUS*, 2008, p. 386, spéc. p. 408.

⁶⁷ J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif, protecteur des libertés », colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne le 16 juin 2016. V. également C. JAMIN et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, spéc. n° 41.

⁶⁸ Selon l'expression de P. WACHSMANN, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.*, 2016, p. 473.

conséquences dommageables de celle-ci, et qui lui permettait en conséquence de prononcer des injonctions et des astreintes à l'encontre de l'administration⁶⁹.

Or, force est de constater que le juge judiciaire demeure une entité essentielle de la protection des droits fondamentaux. Longtemps évincé du contrôle de constitutionnalité des lois, le juge judiciaire a trouvé dans le contrôle de conventionalité un « substitut » lui permettant d'exercer un rôle protecteur des droits et libertés fondamentaux⁷⁰. Certes, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a permis que soit procédé à un rééquilibrage des sources, remplaçant la Constitution parmi les instruments mis à disposition des justiciables pour assurer le respect de leurs droits, mais sans remettre en question l'aura acquise par la Convention EDH dans la pratique judiciaire française. Par le contrôle de conventionalité, le juge judiciaire contrôle ainsi la conformité intrinsèque des règles nationales aux droits et libertés garantis à l'échelle du Conseil de l'Europe⁷¹. Depuis 2013, il vérifie en outre qu'une règle, dont la conventionalité intrinsèque n'est pas mise en cause, ne porte pas *in casu* une atteinte disproportionnée aux droits et libertés d'un individu, réaffirmant dès lors son rôle de gardien des droits et libertés individuels. Le juge judiciaire voit de la sorte sa fonction de juge de droit commun de la Convention EDH renforcée, assurant le respect des droits et libertés qu'elle garantit au sein de l'ordre juridique français tant substantiellement que méthodologiquement – la Cour de cassation exerçant un contrôle du contrôle de proportionnalité effectué par les juridictions du fond⁷².

11. Le renouvellement de la méthode judiciaire au service d'une protection explicite de la liberté de religion. Le renouvellement de la méthode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation, et les récentes décisions mettant les articles de la Convention EDH au cœur du raisonnement, renforcent le juge judiciaire dans son rôle de juge de droit commun du droit européen des droits de l'Homme et de gardien des libertés fondamentales. La pratique des tribunaux de

⁶⁹ Depuis le 27 juin 1966, le Tribunal des conflits a admis que le juge administratif peut constater la voie de fait (TC, 27 juin 1966, n° 01889, *Guigon*). Sur ce point, v. par ex. S. GILBERT, « L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait : vers une perte de sens de la voie de fait », *Dr. adm.*, 2013, n° 3, comm. 24.

⁷⁰ V. en ce sens, H. FULCHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 245, spéc. p. 247s.

⁷¹ CC, déc. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, cons. 4.

⁷² H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.

l'ordre judiciaire révèle ainsi « une omniprésence de la CEDH »⁷³, voire une « acculturation »⁷⁴ aux solutions européennes⁷⁵.

Chronologiquement, l'acculturation est d'abord substantielle. Depuis la ratification de la Convention EDH, le droit privé français n'a cessé de s'imprégner du droit européen des droits de l'Homme, particulièrement à compter du début des années 1990⁷⁶. Le constat est sans appel sous l'angle des articles 6 et 8 de la Convention. En matière de transsexualisme par exemple, la Cour de cassation française n'a en effet pas attendu d'intervention législative ou réglementaire pour procéder à un revirement de jurisprudence et mettre en conformité le droit français avec le droit européen des droits de l'Homme suite à l'arrêt *B. c. France*⁷⁷. Quant à l'article 6, on sait que la condamnation de la France dans l'arrêt *Brusco* a suscité une évolution radicale du droit de la garde à vue⁷⁸. Outre ces contentieux particuliers, les articles 6 et 8 de la Convention EDH sont de plus en plus régulièrement mentionnés au visa des décisions judiciaires, témoignant explicitement du rayonnement européen sur le droit interne. En matière religieuse, cette influence est plus tardive. Cela s'explique notamment par le fait que la Cour de Strasbourg ne s'est prononcée qu'en 1993 sur l'article 9 de la Convention, qui protège la liberté de pensée, de conscience et de religion. C'est en effet depuis son arrêt *Kokkinakis c. Grèce*⁷⁹ que les premiers jalons de la protection européenne de la liberté de religion ont été posés. Sur le fond, la large marge d'appréciation qui est conférée aux États membres en la matière, compte-tenu de l'absence de consensus européen tant sur la définition à donner à la religion⁸⁰ que sur les rapports entre l'État et religions, contribue à relativiser l'influence européenne sur les questions religieuses. On ne saurait toutefois négliger cette influence, la Cour EDH faisant prévaloir, au surplus de standards minimaux en matière de

⁷³ F. MARCHADIER, « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », in *Le droit des libertés en question(s)*, Colloque des 5 ans de la RDLF, RDLF, 2017, chron. n° 14.

⁷⁴ B. BONNET, « Le juge judiciaire et la hiérarchie des normes », in *Le juge judiciaire*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3 les 3, 4 et 5 juin 2015 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Dalloz, 2016, p. 37, spéc. p. 45.

⁷⁵ Cette tendance aurait été fortement révélée par les arrêts d'Assemblée Plénière du 15 avril 2011, dans lesquels la Cour de cassation a consacré la force obligatoire des arrêts rendus par la Cour EDH ainsi que leur effet *erga omnes* de fait (selon l'expression de J.-P. COSTA, cité par A. PELLET et A. MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de DIPublic*, Dalloz, 2015, p.626).

⁷⁶ En ce sens, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, spéc. p. 297s.

⁷⁷ Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, req. n° 13343/87.

⁷⁸ Cour EDH, *Brusco c. France*, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07.

⁷⁹ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88.

⁸⁰ La Cour a précisé « qu'il n'était en effet pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société et que le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse n'étaient pas les mêmes suivant les époques et les contextes. Elle a observé que la réglementation en la matière pouvait varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public. Elle en a déduit que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation devait, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'État concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré » (Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 130 ; v. ég. Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabih c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 109).

liberté de religion, une grille d'analyse commune qui a été très largement adoptée dans le raisonnement juridique français à tel point que la problématique de la liberté de religion y est majoritairement dominée par des références à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁸¹.

12. Méthodologiquement, on assiste en outre à une forme de « contagion des méthodes des droits fondamentaux hors de leur sphère »⁸², tout particulièrement avec la généralisation du contrôle de proportionnalité dans le raisonnement judiciaire français. Qualifiée de « Rubik's cube du droit »⁸³, la proportionnalité constitue un enjeu contemporain fondamental de la pratique et de la science du droit. Avant de se déployer au sein des États membres de la Convention EDH, la proportionnalité « à l'européenne » s'est généralisée au sein même de l'ordre juridique qui en fut le berceau : celui du droit conventionnel. D'abord réservée à l'appréciation de la justification des limites apposées à certains droits et libertés protégés (les articles 8 à 11 de la Convention), la proportionnalité s'est peu à peu imposée comme un principe général du droit de la Convention EDH, appelé à intervenir dans un champ plus étendu que ces seuls « droits balancés »⁸⁴. Au Royaume-Uni, elle est un instrument ancien, que l'on retrouve dès 1215 dans la Magna Carta⁸⁵, et qui est employé aussi bien dans l'interprétation des traités européens qu'en droit constitutionnel et qui se développe en droit administratif depuis la seconde moitié du XX^e siècle⁸⁶. En Allemagne, le contrôle de proportionnalité a été standardisé et érigé en principe général du droit à partir des années cinquante⁸⁷. En Italie, il bénéficie devant les juridictions judiciaires d'un « droit de résidence » depuis les années quatre-vingt-dix, et a été expressément consacré dans l'ordre juridique italien en 2001 et 2005 sous l'influence et par référence au droit communautaire⁸⁸.

⁸¹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 69.

⁸² P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578 ; et sur les dangers des excès de proportionnalité, v. P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 70.

⁸³ M. MÜLLER, *Proportionnalité. Le Rubik's cube du droit*, Stämpfli Editions, 2016.

⁸⁴ Le raisonnement en termes de proportionnalité serait employé dans l'appréciation des limitations systémiques aux droits et libertés protégés (c'est-à-dire les limitations d'un droit conventionnel motivées par la défense d'un autre droit conventionnel) par exemple, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001 (v. le Chapitre 2 consacré aux lieux de la proportionnalité et spéc. p. 148, n° 189s.).

⁸⁵ En son article 20 ainsi rédigé : « For a trivial offence, a man will be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood ».

⁸⁶ V. J. JOWELL, « Proportionality in the United Kingdom », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 févr. 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29678.

⁸⁷ V. R. UERPMANN-WITZACK, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29689.

⁸⁸ S. BAGNI, « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29697.

En France, la proportionnalité s'est déployée progressivement dans la pratique et le discours juridique : employée très tôt par les juridictions administratives et constitutionnelles⁸⁹, elle s'est diffusée par touches en droit civil⁹⁰ où elle a progressivement attiré l'attention de certains auteurs⁹¹. La question de son introduction dans la méthodologie de la Cour de cassation française est finalement entrée dans le débat par la grande porte : à la première Chambre civile d'abord⁹², puis à la Grande Chambre de la Haute Cour au sein de laquelle la question de la réforme de la Cour de cassation s'est officiellement mise en marche depuis 2015. Sur une impulsion donnée par le Président Bertrand LOUVEL⁹³, on fit le constat que la notion de proportionnalité était de plus en plus souvent invoquée devant les juridictions, mais que la cour régulatrice en faisait toujours une application insuffisante⁹⁴. Devant la nécessité de réformer les méthodes du contrôle exercé par la Cour de cassation, un certain nombre de chercheurs s'est alors exprimé en faveur de l'introduction expresse et assumée du contrôle de proportionnalité dans le raisonnement judiciaire⁹⁵. Cette introduction repose sur l'idée selon laquelle les droits fondamentaux obligeraient à raisonner en termes de proportionnalité⁹⁶ mais que cette technique devrait être limitée au conten-

⁸⁹ Sur ce point, v. P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, p. 20, n° 5 ; v. également J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, p. 434.

⁹⁰ Selon Vincent VIGNEAU, le développement de la proportionnalité en droit privé représente un mouvement de grande amplitude, initié par l'arrêt *Jacques Vabre* ; cf. V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123.

⁹¹ V. notamment les actes du colloque *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *LPA*, 1998, n° 117, p. 3s. (principalement en droit des contrats) ; S. PECH-LE GAC, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000 ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002 ; D. FENOUILLET, « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *LPA*, 2006, n° 133, p. 9 ; P. JESTAZ, C. JAMIN et J.-P. MARGUÉNAUD, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

⁹² La Cour de cassation s'était déjà livrée à l'expérience en 2013, dans un arrêt retentissant au terme duquel elle avait écarté l'application *in casu* de l'article 161 du Code civil qui aurait eu pour effet de porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des demandeurs, couple incestueux marié – sans opposition – depuis plus de vingt ans (Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* p. 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *D.* 2017. 123, chron. V. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *AJ fam.*, 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD).

⁹³ B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, 2015, p. 1122.

⁹⁴ V. en ce sens l'intervention d'E. JEULAND lors de la journée de débats tenue à la Cour de Cassation le 24 novembre 2015, à l'occasion du projet de réforme de la Cour de cassation (en ligne : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/regards_universitaires_reforme_cour_7855/retour_journee_debats_33249.html).

⁹⁵ V. en ce sens, les interventions de L. CADJET, E. JEULAND, D. DE BÉCHILLON et N. FRICERO lors de la journée de débats tenue à la Cour de Cassation le 24 novembre 2015, à l'occasion du projet de réforme de la Cour de cassation (en ligne sur le site de la Cour de cassation). V. ég. P. JESTAZ, C. JAMIN et J.-P. MARGUÉNAUD, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *op. cit.* ; H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376 ; F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2016, p. 511 ; *contra* F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

⁹⁶ K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, [th. Paris I : 2017], p. 375, n° 885, renvoyant à P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, édité par BRILL, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2005, vol. 318, p. 247, n° 194s.

tieux spécifique desdits droits fondamentaux. Une telle restriction restituerait de façon équilibrée les rapports entre les ordres juridiques français et européens en empêchant la Cour de cassation de céder au glissement qu'une partie de la doctrine redoute : celui dans lequel la cour régulatrice oublierait ou négligerait son office de juge du droit en s'ouvrant aux considérations de faits que le contrôle de proportionnalité suppose.

Si la question de la nécessité de l'introduction du contrôle de proportionnalité parmi les méthodes de raisonnement de la Cour de cassation – et, par extension, des juridictions judiciaires – ne se pose plus vraiment⁹⁷, la question des critères de sa mise en œuvre demeure un enjeu que seule la pratique semble pouvoir perfectionner. Des indications méthodologiques doivent donc être élaborées : l'importation du contrôle de proportionnalité dans le raisonnement judiciaire français constitue certes un enjeu de théorie du droit, mais elle est aussi une question de méthode.

13. À la Cour EDH, le contrôle de proportionnalité est employé dans le cadre de litiges destinés à établir la responsabilité d'un État ; la démarche adoptée à Strasbourg s'apparente donc à celle d'un juge administratif ou constitutionnel, mais moins à celle d'un juge judiciaire. Importé dans le raisonnement judiciaire, le contrôle de proportionnalité doit donc être adapté pour que soient aussi mis en balance des intérêts privés, et plus seulement un intérêt privé avec l'intérêt général. L'adaptation de la méthode passe donc par sa clarification. Évidemment, elle suppose l'évolution de la motivation des arrêts pour que soient mis en exergue les raisonnements suivis. Comme l'a souligné Christophe JAMIN, « le recours à la balance des intérêts qui est aujourd'hui imposé par la CEDH, mais aussi par la Cour EDH, ne permet plus de s'en tenir au syllogisme »⁹⁸. Le contrôle des droits fondamentaux implique en effet une « motivation adaptée à un raisonnement pétri de proportionnalité »⁹⁹. S'il entend suivre les méthodes de la Cour EDH, le juge interne doit donc, à l'instar de celle-ci, s'exprimer clairement et préciser les étapes de son raisonnement¹⁰⁰. En outre, on convient, avec Hugues FULCHIRON, que l'exercice du contrôle de proportionnalité appartient en premier lieu aux juges du fond, et qu'il reviendra à la Cour de cassation de procéder au contrôle du contrôle¹⁰¹. À cet égard, l'adaptation concerne certes les juridictions,

⁹⁷ La réforme étant mise en marche. Sur la question de sa nécessité, v. par ex. E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 20. Sur son opportunité, v. par ex. H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376 ; *contra*, v. par ex. P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G*, 2015, n° 36, p. 902.

⁹⁸ C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263.

⁹⁹ P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*, 2015, p. 2022

¹⁰⁰ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, p. 274, n° 255.

¹⁰¹ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.

mais aussi les parties qui ne sauraient se contenter d'invoquer un droit protégé pour espérer que les juges procèdent au contrôle de proportionnalité. Il appartient au demandeur de fournir les « données » qui permettront au juge de faire la balance des droits et intérêts, celui-ci restant libre de sélectionner ou non les éléments invoqués et pouvant prendre en compte d'autres éléments dès lors qu'ils sont dans le dossier¹⁰².

La généralisation du contrôle de proportionnalité pourrait donc contribuer à mettre les convictions religieuses sur le devant de la scène dans le contentieux de la liberté de religion, par le biais d'une prise en compte plus explicite de celles-ci comme élément à part entière du litige. Elle participerait en outre du renforcement de la protection judiciaire de la liberté de religion en déployant le pouvoir de contrôle des juges judiciaires sur l'effet horizontal des droits fondamentaux.

14. Le renforcement de la protection judiciaire de la liberté de religion. Dans ce cadre, le juge judiciaire se présente comme le garant du respect de l'effet horizontal des droits et libertés fondamentaux. L'effet horizontal, qui consiste dans « l'application de la Convention dans les relations privées »¹⁰³, autorise ce faisant « l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »¹⁰⁴. Il repose sur le postulat, que nous empruntons à Jean RIVERO, selon lequel « pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées »¹⁰⁵. La Cour de cassation semble s'être emparée de ce constat, repensant sa conception verticale des droits et libertés consacrés par les juridictions internationales au bénéfice d'une conception fondée sur leur diffusion horizontale¹⁰⁶ et donnant toute sa force aux principes d'effectivité et d'applicabilité directe de la norme conventionnelle¹⁰⁷. Elle a ainsi construit une jurisprudence fournie, notamment dans le contentieux des

¹⁰² Les lacunes des moyens ne détaillant pas les données à soumettre à un contrôle de proportionnalité pourraient expliquer la rareté des décisions dans lesquelles les juridictions judiciaires se sont prêtées à l'exercice avant 2015. En 2001, Anne DEBET regrettait ainsi que la Cour de cassation se contente de vérifier les conditions de mise en œuvre d'une norme interne, ou de faire référence au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sans procéder à un examen en termes de proportionnalité. Elle indique à cet égard que les demandeurs au pourvoi raisonnent souvent moins en termes de proportionnalité que de hiérarchie des normes, et invoquent plus l'incompatibilité d'une mesure à la Convention que son caractère disproportionné (A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, p. 267, n° 248 et les réf. citées). *A posteriori*, on comprend aisément que la Cour ne se soit pas lancée dans un examen de proportionnalité *ex nihilo*, sur la base de moyens manquant cruellement de précisions et de données à lui soumettre.

¹⁰³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., PUF, 2019, avec la collaboration de L. MILANO et H. SURREL, p. 253, n° 164.

¹⁰⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, in *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la dir. de J.-P. MARGUÉNAUD, La Documentation française, 2001, p. 77.

¹⁰⁵ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, tome III, Pedone, 1971, p. 312.

¹⁰⁶ V. en ce sens, A. LACABARATS, « Les rapports entre ordres juridiques : la construction de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la dir. de B. BONNET, LGDJ, 2016, p. 927.

¹⁰⁷ L'effectivité et l'applicabilité directe de la norme conventionnelle sont deux des trois principes directeurs gouvernant l'interprétation et l'application de la Convention EDH ; sur ce point, v. F. SUDRE, *Droit européen et international*

baux d'habitations dans un premier temps, puis dans le contentieux du contrat de travail, tout particulièrement sous l'angle de l'article 8 de la Convention EDH¹⁰⁸. Quant à la liberté de religion, c'est principalement à l'occasion de l'affaire des cabanes, sur laquelle la Cour de cassation a statué en 2006, que son effet horizontal aurait pu être explicitement mis en œuvre, ce que la Haute juridiction a toutefois évité, préférant se retrancher derrière un cinglant attendu au terme duquel « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne [peut] avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »¹⁰⁹. Une telle motivation peut se comprendre dans la mesure où la Cour EDH n'avait alors pas encore consacré l'effet horizontal de la liberté de religion, ce qu'elle a fait cinq ans plus tard à l'occasion d'un arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*¹¹⁰. Néanmoins, la Cour de cassation n'aurait-elle pas dû vérifier que la restriction apportée à la liberté de conscience répondait bien aux exigences de l'article 9 de la Convention EDH¹¹¹ ?

15. Si elle peut aujourd'hui sembler moins pertinente à l'aune du rayonnement exponentiel du droit européen des droits de l'Homme en droit interne français, cette décision est toutefois révélatrice des difficultés que rencontrent les juges judiciaires à délimiter la frontière entre ce qui relève de leur pouvoir de contrôle et ce qui leur échappe en vertu du principe de laïcité. Elle n'est d'ailleurs pas isolée. Comment, dès lors, éviter que la protection de l'effet horizontal de la liberté de religion ne se traduise en une incursion dans les convictions religieuses individuelles, entraînant de la sorte une violation du principe de laïcité et cela, même si l'intervention du juge est sollicitée¹¹² ? Plus précisément, la problématique principale réside dans le fait de comprendre et de déterminer *comment le juge judiciaire entreprend la protection effective de la liberté de religion des justiciables tout en respectant le devoir de neutralité qui lui incombe en vertu du principe de laïcité.*

16. Identifier et évaluer la technique employée par les juridictions judiciaires pour se saisir du religieux. Comprendre l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires, voilà le point de départ de ce travail de recherche. L'exercice consiste à envisager en premier lieu la place que le concept de « convictions religieuses » a prise dans le discours juridique, à

des droits de l'homme, 14 éd., PUF, 2019, avec la collaboration de L. MILANO et H. SURREL, p. 179s. La Cour de cassation est même allée plus loin lorsque, le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière a reconnu l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH (Cass. Ass. Plén., 15 avr. 2011, n° 10-17049).

¹⁰⁸ Sur ce point, v. N. BAREÏT, « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, sous la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et F. RIEM, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 51, spéc. p. 61s.

¹⁰⁹ Cass. Civ. 3e, 8 juin 2006, n° 05-14774, *Jurisdata* n° 2006-033890.

¹¹⁰ Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, *D.* 2011.1637, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

¹¹¹ V. en ce sens, D. FENOUILLET, « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *LPA*, 2006, n° 133, p. 9.

¹¹² V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, CNRS Éditions, 2000, p. 13.

en cerner les origines et le contenu, à en rechercher les manifestations dans les décisions de justice ; à identifier cet objet de l'appréhension judiciaire. Puis, se posera la question de savoir quelle place elles occupent et comment la technique juridique permet aux juges judiciaires de les considérer, ou non. Le concept doctrinal de « technique juridique »¹¹³, entendue comme « une organisation de moyens et de procédés »¹¹⁴, offre un instrument d'observation et de réflexion par rapport à la pratique du droit¹¹⁵. Dans le cadre de cette étude, on emploiera le terme de « technique judiciaire » pour circonscrire l'analyse à la technique juridique employée par les juges judiciaires dans le cadre de leur office. En outre, l'identification de la technique juridique revient à « se former une représentation théorique de la pratique juridique »¹¹⁶ ; par conséquent, identifier les techniques judiciaires employées par les juges pour se saisir des convictions religieuses devrait permettre de théoriser la pratique juridique en la matière, et d'en fournir une clef de compréhension. Notre analyse portera sur la qualification, l'interprétation, la motivation, ainsi que sur les outils employés pour procéder à ces opérations nécessaires à la mise en œuvre du droit. À cet égard, nous nous intéresserons également aux méthodes judiciaires d'appréhension des convictions religieuses¹¹⁷. Peut-on identifier une technique judiciaire de prise en compte des convictions religieuses qui reflète l'appréhension des juges judiciaires envers ces questions ? Cette technique, s'il en est, est-elle adaptée à une protection effective de la liberté de religion des justiciables ? Partant de là, on ne pourra que constater que, derrière le voile de la technique, se traduit un certain héritage épistémologiquement identifiable quant à la façon qu'ont les juges d'aborder le fait religieux. Selon une définition empruntée à Christian ATIAS, l'épistémologie s'envisage en effet comme « l'étude critique des événements qui émaillent l'histoire du corps de connaissances qu'une collectivité savante alimente, corrige et travaille, et dont l'objet est relativement déterminé »¹¹⁸. Il s'agit d'étudier les processus intellectuels et les méthodes d'argumentation employés par une communauté scientifique à l'égard d'un objet donné : quels sont ceux des juges judiciaires lorsqu'ils sont

¹¹³ Ce concept, absent de la loi et de la jurisprudence, est en effet resté dans le seul champ doctrinal. Son étude, en tant qu'objet de recherche à part entière, n'est apparue qu'à la fin du XIX^e siècle, chez SAVIGNY et JHERING, puis au début du XX^e siècle, chez DEMOGUE et surtout chez GÉNY ; F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit par T. D. GUENOUX, F. Didot frères, 1855-1860, t. 1, p. 42-47 ; R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. D. MEULENAERE, 3 éd., A. de Marescq aîné, 1877, t. 1 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du Droit, 2001, p. 200s. ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1914-1924, t. I-IV.

¹¹⁴ H. BOUILLON, *La technique juridique. Essai*, L'Harmattan, 2016, p. 30.

¹¹⁵ M. COUDRAIS, « Pour une synthèse entre technique juridique et justice ou le nécessaire abandon de la séparation des fins et des moyens », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009, n° 1, vol. 62, p. 91.

¹¹⁶ F. ROUVIÈRE, « La technique juridique comme série d'opérations conceptuelles », in *Penser la technique juridique*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 octobre 2015 (dir. A. DESRAMEAUX et F. COLONNA D'ISTRIA), LGDJ, 2018.

¹¹⁷ Sur la distinction entre la technique juridique et la méthode juridique, v. H. BOUILLON, *op. cit.*, p. 38s. L'auteur y considère que la technique juridique agence des normes juridiques, tandis que la méthode juridique coordonne des procédés de réflexion (la qualification, l'argumentation, les standards juridiques, etc.).

¹¹⁸ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, 1 éd., Dalloz, 2002, p. 3.

saisis d'un litige impliquant une donnée religieuse ? On s'interrogera ainsi sur ces automatismes épistémologiques, sur leurs fondements et sur la façon avec laquelle ils se traduisent dans les décisions de justice. Ce n'est qu'à l'issue de cette évaluation que pourra être proposée, dans un second temps, une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses des justiciables dans le raisonnement judiciaire.

17. Clarifier et construire la méthode à suivre pour appréhender les convictions religieuses des justiciables. S'il est une chose de défendre qu'une nouvelle méthode d'appréhension des convictions religieuses des justiciables est nécessaire, il en est une autre de savoir dans quelle mesure, selon quel prisme et avec quels outils celle-ci doit être élaborée. Le parti pris est, pour l'essentiel, celui d'une perspective éclairée par les jurisprudences canadienne et européenne, aussi bien quant à la grille de lecture employée qu'à la méthode suivie de mise en balance des intérêts et de motivation étendue. L'ambition était notamment de révéler les potentialités du dialogue des juges sur les modalités de protection d'un droit fondamental en particulier, la liberté de religion, dont on sait que la protection en droit privé constitue un véritable enjeu, tant méthodologique qu'épistémologique. L'enjeu est d'abord méthodologique, car la protection de la liberté de religion des justiciables suppose dans le même temps que le juge judiciaire ne déborde pas du cadre posé par le principe de laïcité. L'enjeu est aussi épistémologique, puisqu'il requiert de prendre en considération les recompositions religieuses contemporaines, nourries par le phénomène d'individualisation du religieux, qui bouleversent les logiques classiques de gestion judiciaire du religieux et de gestion du pluralisme. Comment le raisonnement judiciaire français peut-il intégrer les nouveaux enjeux de la religiosité ? Le raisonnement français quant à l'appréhension de l'individualisme religieux et quant à la gestion du pluralisme ne peut-il pas s'imprégner des perspectives canadienne et américaine qui ont développé une conception subjective de la liberté de religion ? Une fois le prisme déterminé, la construction de la prise en compte des convictions religieuses des justiciables dans le raisonnement judiciaire s'est présentée comme une question de méthode. Il s'agira donc, à l'aune du droit européen des droits de l'Homme et de la jurisprudence canadienne, d'élaborer une notion destinée à faire l'objet d'une protection juridique puis d'en identifier les outils d'appréciation et de garantie.

18. À la première partie qui sera consacrée à comprendre l'appréhension que semblent manifester les juges judiciaires envers les convictions religieuses des justiciables (**Partie 1**), succéderont des développements dédiés à la construction de la prise en compte des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire (**Partie 2**).

*

*

*

PARTIE 1

COMPRENDRE L'APPREHENSION JUDICIAIRE DES CONVICTIONS

RELIGIEUSES

PARTIE 2

CONSTRUIRE LA PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES CONVICTIONS

RELIGIEUSES

PARTIE 1 – COMPRENDRE L'APPREHENSION JUDICIAIRE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

19. Analogie par le synonyme : l'appréhension comme défiance. Le trait le plus remarquable lorsque l'on évoque les questions relatives au droit et à la religion réside dans la prudence que les acteurs de la justice développent à cet égard. L'appréhension des convictions religieuses renvoie ainsi au sens premier du mot « appréhension », c'est-à-dire au fait « d'envisager quelque chose avec crainte »¹¹⁹. L'appréhension est alors synonyme de crainte, une crainte qui, dans le cadre du raisonnement juridique, porte moins sur la chose religieuse elle-même que sur le risque, pour le magistrat, de manquer à son devoir de neutralité. Envisager de traiter du religieux, c'est en effet risquer de s'introduire de façon illégitime dans les consciences, d'enfreindre à son obligation de neutralité, de porter un jugement de valeur. Mais il arrive également que l'appréhension s'envisage comme la défiance envers de nouvelles formes de religiosité, envers certaines croyances méconnues, envers des phénomènes inquiétants associés à la religiosité ; autrement dit envers « quelqu'un ou quelque chose dont on n'est pas sûr ou qui semble présenter un risque, un danger »¹²⁰. Analogues dans la crainte qu'elles suggèrent, défiance et appréhension ont ainsi beaucoup à voir lorsqu'il s'agit du traitement juridictionnel des convictions religieuses. L'autre, celui qui fait valoir ses convictions religieuses, déclenche une suspicion de la part d'un ordre juridique étatique *lex foriste* qui a, depuis plus d'un siècle, relégué la religion hors du Droit. Dans cette première partie, l'étude de la pénétration des convictions religieuses dans le discours juridique (**Titre 1**) et de leur éviction simultanée du raisonnement judiciaire (**Titre 2**) révélera que le traitement de l'altérité religieuse suit, en France, une méthodologie de cloisonnement¹²¹.

¹¹⁹ *Le Petit Robert de la langue française*, v. « appréhension ».

¹²⁰ TLFi, v. « défiance ».

¹²¹ H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 69 à 158.

TITRE 1 - LA PENETRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

20. Positionnement du problème. Quand Marcel GAUCHET évoquait le « désenchantement du monde », celui-ci renvoyait à l'effacement progressif des religions instituées : « si fin de la religion il y a », écrivait-il dès les premières lignes de son ouvrage, « ce n'est pas au dépérissement de la croyance qu'elle se juge, c'est à la recomposition de l'univers humain-social non seulement en dehors de la religion, mais à partir et au rebours de sa logique religieuse d'origine »¹²². Ce désenchantement du monde a toutefois été accompagné d'un réenchancement des consciences, à une recomposition du rapport à la religiosité centré sur l'individu et sa propre spiritualité. L'étude du droit privé des religions révèle l'émergence d'une telle appréhension de plus en plus individualisée, qui s'intéresse désormais davantage aux « convictions religieuses » des individus. Il était donc nécessaire de comprendre les raisons de l'apparition de ce phénomène dans le discours juridique (**Chapitre 1**) avant d'étudier la composition des « convictions religieuses » (**Chapitre 2**).

¹²² M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985, p. I.

CHAPITRE 1 – L'APPARITION DU CONCEPT DE « CONVICTIONS RELIGIEUSES »

21. Recompositions. À première vue, les questions de religion ne se posent pas dans l'ordre judiciaire : le droit des libertés fondamentales comme les questions des rapports entre l'État et la religion relèvent *a priori* de la compétence des juridictions administratives. D'ailleurs, si la religiosité est elle-même un sentiment individuel, les questions afférentes sont longtemps demeurées de l'ordre de la communauté religieuse et de la religion au sens institutionnel du terme. Peu de place donc pour le juge judiciaire. Jusqu'au jour où la religion s'est individualisée. L'émergence d'une conception individuelle de la religiosité s'est incarnée dans l'expression « convictions religieuses » et s'est présentée au monde juridique comme un phénomène émergent (**Section 1**), soulevant dans le même temps un certain nombre d'inquiétudes (**Section 2**).

SECTION 1 – UN PHENOMENE EMERGENT

« Que l'État cesse donc de s'attribuer une mission providentielle ; qu'il cesse de se croire chargé d'âmes et de se considérer comme le gardien de la morale et le bras droit d'une religion ! Qu'à l'avenir, indifférent à toute doctrine philosophique et à tout système de morale, il laisse l'individu s'ériger lui-même en maître suprême de ses opinions et de ses actes !... »¹²³.

22. Origines. L'apparition d'un concept de « convictions religieuses » dans le discours juridique s'explique par un double mouvement : celui du cantonnement de l'ordre juridique religieux hors de l'ordre juridique étatique (I) et, concomitamment, celui du développement de l'individualisme religieux (II).

I. LE CANTONNEMENT DE L'ORDRE JURIDIQUE RELIGIEUX

23. La religion, ordre normatif, ordre juridique ? La notion d'ordre juridique est une notion clef pour tout juriste s'intéressant aux rapports entre les religions et l'État. Une étude consacrée à l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires ne saurait, à ce titre, se passer d'un préalable indispensable consistant à distinguer l'ordre juridique étatique de l'ordre religieux. Comment expliquer cette distinction ? L'ordre juridique se définit comme un ordre normatif structuré en système cohérent et contraignant, qui régit l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine¹²⁴. Au XX^e siècle, le positivisme juridique a contribué à faire de la notion d'ordre juridique une subdivision de la catégorie plus large d'ordre normatif en amenant une partie de la doctrine à considérer que le seul ordre juridique véritable est celui de l'État et que tout autre système non reconnu par lui se verrait refuser ce qualificatif en demeurant de « simples » ordres normatifs. Se hissant contre cette doctrine, SANTI ROMANO développa une théorie de l'ordre juridique reposant sur un préalable indispensable : l'existence d'un ordre social. Selon lui, l'ordre juridique se définit comme un ordre social organisé, institutionnalisé ; c'est pourquoi, selon cet auteur, il existerait autant d'ordres juridiques que d'institutions fonctionnant selon leurs propres règles¹²⁵. Dans cette perspective, l'ordre normatif issu de l'Église constitue,

¹²³ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1912, p. 37.

¹²⁴ C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1113.

¹²⁵ SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, traduit par P. MAYER, 2e éd., Dalloz, 2002.

tout comme l'ordre normatif issu de l'État, un ordre juridique. En France, dès le XIII^e siècle, et surtout à partir de la Révolution de 1789, les mouvements de contestation du pouvoir de l'Église institutionnalisée mirent en exergue la volonté d'affirmer la prééminence de l'ordre juridique étatique, admettant implicitement qu'il existât, en l'ordre religieux, un ordre juridique concurrent (A). Partant de là, la séparation des Églises et de l'État, consacrée par la loi de 1905, paracheva l'isolement de l'ordre juridique religieux en émancipant l'État de l'emprise de l'Église catholique et en scellant leur indépendance (B).

A. Le détachement de l'ordre juridique religieux

« [C]e n'est pas dans la nature humaine en général qu'il faut aller chercher la cause déterminante des phénomènes religieux ; c'est dans la nature des sociétés auxquelles ils se rapportent, et s'ils ont évolué au cours de l'histoire, c'est que l'organisation sociale elle-même s'est transformée »¹²⁶.

24. La religion, phénomène universel, phénomène historique¹²⁷. Aussitôt que l'on aborde la question de la religion, se pose la question de sa compréhension et, naturellement, de sa définition. Ce phénomène représente subjectivement quelque chose qu'il est impossible d'évaluer objectivement : comme de l'amour dont chacun en a sa propre perception et sa propre conception, la religion renvoie à un phénomène connu de tous mais qu'aucun ne parvient à théoriser objectivement¹²⁸. Amour et religion représentent deux phénomènes que le droit n'est pas parvenu à définir en dépit de leur impact sur la vie des individus qu'ils concernent¹²⁹. Aussi, la religion semble-t-elle ne pas se prêter à une définition exhaustive¹³⁰. Elle constitue en effet une notion protéiforme et un terme, écrit Vincente FORTIER, « difficilement saisissable » :

¹²⁶ E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1.

¹²⁷ Selon l'expression de M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985, p. 41.

¹²⁸ La métaphore est empruntée à K. J. CHRISTIANO, W.H. SWATOS JR et P. KIVISTO, *Sociology of Religion : Contemporary Developments*, 3^e éd., Rowman & Littlefield, 2016, p. 10.

¹²⁹ Pour la Professeure D. HERVIEU-LÉGER, la « religion » constitue d'ailleurs une « catégorie intellectuelle inopérante » ; cf. D. HERVIEU-LÉGER, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 63/1, p. 11.

¹³⁰ Certains auteurs ont d'ailleurs considéré que la définition juridique de la religion relevait de la technique du « faisceau de critères », v. notamment F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2^e éd., Lexisnexus, 2013, p. 55 qui identifient les cinq critères de définition de la religion, cinq critères dont la recherche doit faire l'objet en pratique d'une large marge d'appréciation et qu'il convient d'analyser dans une « interaction dynamique ». Les critères identifiés sont les suivants : l'acte de foi dans une vérité non démontrable donnant une réponse englobante aux questions relatives au sens de la vie, du monde et de l'homme ; la définition de la religion par les tenants de cette croyance ; l'aspiration sacrée vers une valeur de caractère transcendant (être divin, force spirituelle, absolu sacré) ; la traduction de cette conviction dans une éthique et dans la recherche du bien, ce qui induit un certain altruisme ou du moins l'absence de préoccupations essentiellement lucratives ; un ensemble de rites, pratiques, cérémonies, obligations et interdits de caractère culturel.

« Notion complexe, rebelle par essence à une définition univoque, le terme de religion recouvre tant de sens différents et a connu de telles évolutions dans ses représentations sociales qu'il est difficilement saisissable [...] »¹³¹.

25. La religiosité serait apparue avec l'*Homo sapiens* il y a plus de cent mille ans¹³². Pourtant, aucune certitude ne permet d'établir l'étymologie du terme de « religion »¹³³. Du latin *religio*¹³⁴, certains considèrent qu'il fut usité de tout temps¹³⁵. D'après FOWLER, la racine latine *religio* renvoie essentiellement et premièrement à un « *feeling to which human nature is liable under certain circumstances* », autrement dit à un sentiment que nous devons à notre nature humaine¹³⁶. Ainsi entendue, la religion s'apparente à la religiosité. CICERON aurait contribué à en faire évoluer la signification. Il considéra d'abord que *religio* « *est quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert* », c'est-à-dire un sentiment mêlé d'effroi et d'admiration ; a *feeling of awe* écrit FOWLER, qui suggère la découverte des rites auxquels l'objet de ce sentiment a donné lieu. Plus tard, CICERON emploiera ce terme pour décrire le culte – qu'il comprend comme le résultat du sentiment susvisé – et, ce faisant, en transférera la signification du sentiment personnel – qui demeurera cantonné au scrupule religieux et qui constitue pourtant la signification originelle du mot – aux formes de culte organisé par l'État. Il apparaît alors que même la racine latine du terme « religion » est difficilement définissable. Pour FOWLER, cette absence de définition technique et précise est volontaire : il s'agissait de trouver un mot sans signification technique précise, qui puisse rassembler les questions des philosophes tels que VARRO et CICERON et exprimer le côté religieux de la vie et de l'expérience humaine¹³⁷. Le terme retenu fut *religio*. C'est ainsi que l'on a considéré que la religion ne trouvait aucune traduction directe dans les langues anciennes¹³⁸ et que le terme avait fait son apparition à la fin du XI^e siècle¹³⁹ sous l'influence du christianisme. Celui-ci

¹³¹ V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, CNRS Éditions, 2000, p. 18.

¹³² F. LENOIR, *Petit traité d'histoire des religions*, Plon, 2008, p. 17.

¹³³ A. ERNOUT et A. MEILLET, « Religion », in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4 éd., Librairie C. Klincksieck, 1959, p. 569.

¹³⁴ Les Latins rattachent le terme *religio* à *relegere*. Cette étymologie est défendue par Cicéron. D'autres auteurs le rattachent à *religare* qui serait proprement « le fait de se lier vis-à-vis des dieux ». Le sens serait donc « obligation prise envers la divinité ; lien ou scrupule religieux » ; puis « culte rendu aux dieux, religion » ; cf. A. ERNOUT et A. MEILLET, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, préc.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ W.W. FOWLER, « The latin history of the word religio », in *Roman essays and interpretations*, Oxford University Press, 1920, p. 7 (voir p. 10).

¹³⁷ *Ibid.* p. 12, notre traduction de : « In an age of cosmopolitanism, when the old local character of the cults was disappearing, and in an age of philosophic-religious syncretism when men like Posidonius, Cicero, Varro, and others were thinking and writing about the nature of the gods and kindred questions, a word was wanted to gather up and express all this religious side of human life and experience: it must be a word without a definite technical meaning, and such a word was *religio* ».

¹³⁸ M. KUENGIENDA, *République, Religion et Laïcité. De l'humanisme aux droits de l'homme*, L'Harmattan, 2010, p. 7 ; S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997, p. 16.

¹³⁹ J. DUBOIS, H. MITTERAND et A. DAUZAT, « Religion », in *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, p. 709 ; « Religion », in *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2007, p. 2178.

l'aurait en effet définie en l'isolant et en l'institutionnalisant, en considérant les autres civilisations comme des hérésies et en s'accordant le monopole de la religion vraie¹⁴⁰. Pourtant, cette définition de la religion sous l'angle institutionnel remonte, selon FOWLER, au II^e siècle. Cette époque fut celle où la compétition entre différentes croyances religieuses était vive, à tel point que la religion n'était plus tant une question d'ensemble, mue par une critique ou une philosophie, que la question de savoir laquelle de ces croyances était la véritable religion. En ce sens, chaque système religieux pouvait se déterminer comme une religion¹⁴¹. C'est en effet dès le II^e siècle que la chrétienté s'est octroyé le monopole de la religion vraie (*nostra religio, vera religio*) et que, partant de là, le mot *religio* ne devait plus renvoyer qu'à une seule religion.

26. Des rapports entre la religion et l'État. L'étymologie du terme « religion » permet en outre de mieux comprendre dans quelle mesure il renvoie à l'idée d'une communauté religieuse¹⁴², et que les schèmes de pensées français font instinctivement le lien avec l'idée d'une structure institutionnalisée la plupart du temps sur le modèle de l'Église catholique. Sous l'Ancien Régime et depuis le XII^e siècle, c'est en effet le droit canonique que l'on fait respecter dans le Royaume de France. Longtemps, ses dogmes y ont fait autorité¹⁴³ ; longtemps, elle est demeurée source du droit, religion d'État, religion du roi et de l'immense majorité de la population française¹⁴⁴. La religion pouvait ainsi y être comprise comme une institution qui contribuait à encadrer les conduites au sein de la collectivité¹⁴⁵. Le poids de cet héritage religieux explique semble-t-il la raison pour laquelle la religion fait aussitôt écho à l'idée d'une structure organisée ; à tout le moins, il

¹⁴⁰ S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997, p. 16.

¹⁴¹ W.W. FOWLER, « The latin history of the word religio », in *Roman essays and interpretations*, Oxford University Press, 1920, p. 7 (voir p. 13) : « It is no longer a question of religion as a whole contemplated by a critical or a sympathetic philosophy: the question is, which creed and which form is to be the true and the victorious religion [...]. Each separate religious system can now be called a religio ».

¹⁴² En ancien français d'ailleurs, le terme « religion » signifiait aussi « communauté religieuse », cf. J. DUBOIS, H. MITTERAND et A. DAUZAT, « Religion », in *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, p. 709. Sur la dimension essentiellement sociale de la religion, v. E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1.

¹⁴³ Au Moyen-Âge et jusqu'au XVI^e siècle, la souveraineté royale n'a eu que très peu d'autorité sur le droit et notamment sur le droit de l'Église : « La puissance spirituelle l'emporte souvent sur l'autorité temporelle et, parallèlement, le droit élaboré par l'Église couvre de larges secteurs de la vie des populations du royaume », F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2^e éd., Lexisnexus, 2013, p. 206.

¹⁴⁴ Il fallut attendre la fin du XVIII^e siècle pour que soit accordé un statut aux minorités religieuses protestantes et juives.

¹⁴⁵ L'institution pouvant se définir, dans un sens général comme les « éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale », comme l'« ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité », comme une « collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016) ou encore comme une structure fondamentale de l'organisation sociale (S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016-2017).

montre que la religion instituée sur le modèle de l'Église catholique a très largement contribué à la construction de notre système juridique, tant dans son organisation¹⁴⁶ que dans son esprit¹⁴⁷.

27. Néanmoins, à compter du XII^e siècle, et jusqu'à la Révolution de 1789, l'influence de l'Église catholique fut érodée par un pouvoir étatique cherchant à se renforcer. Sur cette question, l'œuvre de Marsile DE PADOUE offre un éclairage tout à fait intéressant. À la fin du XIII^e siècle, ce philosophe scolastique, l'un des premiers théoriciens de l'État laïque, avait élaboré une critique de l'Église et de l'institution divine gravitant autour de l'individu et de sa liberté, plaçant le consentement des fidèles à la base de la vie de l'Église¹⁴⁸. S'élevant contre la doctrine d'une Église instituée et investie divinement d'une autorité qu'elle exerce sur le peuple qui lui est subordonné, il mit en avant une conception selon laquelle l'Église est avant tout une multitude, une dénomination commune à un certain nombre d'hommes. Lorsqu'il écrit, dans le *Defensor Pacis* (1324), que « L'Église est l'ensemble des fidèles croyants et invoquant le nom du Christ »¹⁴⁹, on ne peut alors s'empêcher de penser à l'individualisme moderne. Sa vision de la spiritualité est totalement détachée de l'Église institutionnelle et repose sur la volonté de l'homme : si le spirituel a une valeur sociale c'est uniquement dans la mesure où il représente un *aspect de la société civile* et non parce que l'Église constitue une société¹⁵⁰. En ce sens, « l'ordre spéculatif des doctrines religieuses » ne doit pas interférer sur l'ordre juridique civil ; ce dernier doit être autonome et indépendant : le pouvoir ne doit souffrir d'aucun partage. On distingue ici, au sein d'une société en-

¹⁴⁶A. BRIAND fit d'ailleurs valoir que c'est à l'Église que l'État doit « sa liberté... la faculté de s'organiser » ; cité dans le rapport *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 259.

¹⁴⁷ Par exemple le terme « profane », qui fait référence à une personne n'étant pas au nombre des adeptes d'une religion, est aussi employé pour décrire le non-juriste ; cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 18. En outre, Paul ESMEIN décelait la notion théologique du péché sous la notion juridique de la faute, cf. J. CARBONNIER, « La religion, fondement du droit ? », *Arch. ph. dr.*, 1994, t. 38, p. 17. On peut aussi penser à la force rédemptrice associée à la prison, certainement héritée de notre histoire catholique, et qui est mise en doute aujourd'hui en raison de la surpopulation carcérale et de la « contamination criminelle » (sur l'histoire de la peine, v. Y. JEANCLOS, in *La Dimension Historique de la Peine, 1810-2010*, dir. Y. JEANCLOS, actes du colloque des 27-28 mai 2010, Strasbourg, Economica, 2013). De plus, nombreuses dispositions juridiques émanaient des dogmes religieux de l'Église catholique. C'est le cas du délit de blasphème, abrogé à la Révolution, rétabli pendant la Restauration avant d'être supprimé à nouveau par la loi du 29 juil. 1881 sur la liberté de la presse. Ce délit survivra en Alsace-Moselle jusqu'en janvier 2017. Abrogé par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, l'ancien article 166 du Code pénal allemand de 1871, repris en droit local, disposait qu'en Alsace-Moselle « Celui qui aura causé un scandale en blasphémant publiquement contre Dieu par des propos outrageants, ou aura publiquement outragé un des cultes chrétiens ou une communauté religieuse établie sur le territoire de la Confédération et reconnue comme corporation, ou les institutions ou cérémonies de ces cultes, ou qui, dans une église ou un autre lieu consacré à des assemblées religieuses, aura commis des actes injurieux et scandaleux, sera puni d'un emprisonnement de trois ans au plus ». V. également les écrits de P. LEGENDRE consacrés à l'observation du phénomène institutionnel qu'il trouve dans l'histoire des religions : P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 2005, éd. originelle : 1974.

¹⁴⁸ G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Âge*, Éditions Béatrices, 1934, t. 2, p. 230.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 205 (nous soulignons).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 237-242.

core confessionnelle, les premiers signes de la philosophie des Lumières ainsi que des discours séparatistes révolutionnaires et postrévolutionnaires.

28. En effet, bien que la Révolution de 1789 ne se fit pas en premier lieu contre l'Église catholique, son omniprésence dans les institutions sociales et monarchiques contribua à la considérer comme indissociable de l'Ancien Régime et en conséquence à alimenter une hostilité profonde à son égard. Trois principales mesures furent prises au cours de la période révolutionnaire¹⁵¹ : la proclamation de la liberté de conscience à l'article 10 de la DDHC, qui manifesta une certaine hostilité à l'encontre de l'institution religieuse en promouvant l'exercice individuel de la liberté ; la politique de déchristianisation violente faisant suite à la nuit du 4 août 1789 où, avec l'abolition des privilèges, on dépouilla l'Église de son riche patrimoine en nationalisant des biens du clergé¹⁵² ; la Constitution civile du clergé, prise par le décret des 12 juillet-24 août 1790, qui fit de l'Église un service public, la reléguant au rang d'institution de droit commun et manifestant la volonté de la soumettre à la souveraineté de l'État. Les combats laïcs du XIX^e siècle ne feront que conforter la scission entre l'ordre juridique étatique et la religion catholique.

29. La Monarchie de Juillet constitue un exemple représentatif tant de l'anticléricalisme d'époque que de la résistance envers l'influence catholique. On ôta à l'Église catholique son statut de « religion de l'État », pour la consacrer religion de « la majorité des Français »¹⁵³. Sans établir la séparation du spirituel et du temporel (les cultes chrétiens et catholique bénéficiant toujours de traitements gouvernementaux), la révision constitutionnelle de 1830 s'inscrivait dans un processus symbolique de laïcisation de l'État, lequel n'était donc plus constitutionnellement défini comme un État catholique. Au sein de la société, des incidents populaires anticléricaux se déroulèrent dans certaines églises catholiques sans véritable intervention des autorités. C'est ainsi que les forces de police assistèrent passivement au saccage du lieu de culte de Saint-Germain l'Auxerrois¹⁵⁴. Dans une autre mesure, mais dans le même esprit, *La Gazette des tribunaux*, pério-

¹⁵¹ Cf. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2^e éd., Lexisnexis, 2013, p. 208s.

¹⁵² Décret du 2 nov. 1789.

¹⁵³ L'article 6 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 dispose en effet : « Les ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, professée par la majorité des Français, et ceux des autres cultes chrétiens, reçoivent des traitements du Trésor public » (nous soulignons).

¹⁵⁴ Pour un développement détaillé des événements, v. notamment G. DE BERTIER DE SAUVIGNY, « Mgr de Quélen et les incidents de Saint-Germain l'Auxerrois en février 1831 », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1946, n° 120, t. XXXII, p. 110.

dique judiciaire de l'époque, fut par exemple accusé d'anticléricisme, masqué, selon le journal *Le Correspondant*, derrière « un gallicanisme délabré »¹⁵⁵.

Dans le même temps, on chercha à émanciper le droit de l'influence de l'Église catholique. Ainsi, l'indissolubilité du mariage fut-elle remise en cause par le dépôt, entre 1831 et 1833, de nombreuses propositions de rétablissement du divorce qui furent néanmoins rejetées par la Chambre des pairs. De plus, le budget des cultes fut réduit¹⁵⁶, et on chercha à améliorer la situation des israélites en France. Le 10 février 1831 fut notamment promulguée une loi mettant à la charge de l'État le traitement des ministres du culte israélite¹⁵⁷. À l'occasion des débats qui animèrent le vote de la loi, la question des critères exigés d'un culte pour recevoir un traitement de l'État fut soulevée. PORTALIS, alors rapporteur du projet, soutenait que le judaïsme répondait aux critères de « reconnaissance publique de la secte qui obtient [le traitement de l'État], [d']établissement qu'on lui accorde, des lettres de grande naturalisation qu'on lui donne, [d']homologation solennelle de sa doctrine et de ses dogmes, dont on encourage la propagation et dont on assure l'enseignement »¹⁵⁸. L'intérêt semblait dès lors davantage porté sur la question de la rétribution des cultes historiques, que sur leur définition et l'établissement de leurs caractéristiques, tout du moins sur le plan juridique¹⁵⁹.

L'obligation de repos dominical subit des assauts similaires devant la Chambre des députés lorsque PORTALIS demanda l'abrogation de la loi du 7 juin 1814 sur le repos du dimanche¹⁶⁰. Sur ce point, la jurisprudence n'est toutefois pas allée aussi loin. Quelques années plus tard, la Cour de cassation considéra en effet que cette proposition n'avait été suivie d'aucun résultat et, qu'en outre, la loi en question n'avait pas été tacitement abrogée par la nouvelle Charte constitutionnelle. Pour la Haute juridiction, « la protection promise à tous les cultes légalement reconnus n'exclu[ai]t pas le respect dont la loi civile est partout empreinte pour le culte professé par la majorité des Français ». Le jugement qui avait alors renvoyé la poursuite dirigée contre un cabaretier

¹⁵⁵ Cité par J. LALOUEITE, *La séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée. 1789-1905*, Seuil, 2005, p. 143.

¹⁵⁶ V. sur ce point J. LALOUEITE, *La séparation des Églises et de l'État*, préc., p. 139-142 ; C. JOURDAIN, *Le budget des cultes en France depuis le concordat de 1801 jusqu'à nos jours*, Hachette et Cie, 1859, p. 56.

¹⁵⁷ Loi du 8 février 1831 qui met à la charge de l'État le Traitement des Ministres du Culte israélite, *Recueil des lois et ordonnances, d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830*, t. I, p. 58.

¹⁵⁸ PORTALIS, *Le Moniteur universel* (30 janvier 1831), p. 199, cité par J. LALOUEITE, *op. cit.*, p. 137. *Le Moniteur universel*, qui jusqu'en 1811 portait le nom de *Gazette nationale*, était à l'époque un journal transcrivant les débats parlementaires.

¹⁵⁹ La question religieuse fit l'objet de nombreux essais sociologiques, philosophiques et littéraires, certains s'attachant à en chercher une définition. V. notamment E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1 ; F. NIETZSCHE, *Le gai savoir*, 1887, dont on ne saurait en effet oublier la célèbre affirmation : « Dieu est mort » ; E. QUINET, *Du génie des religions*, Charpentier, 1842.

¹⁶⁰ Cette loi, qui fut à l'origine une ordonnance de Louis XVIII, interdisait pratiquement tout travail le dimanche et les jours de fêtes religieuses, ainsi que les réjouissances à l'heure de l'office.

souhaitant « donner à boire les dimanches et fêtes pendant le temps de l'office » fut cassé¹⁶¹. C'est en raison de la réalité sociologique, au regard du culte professé par la majorité des citoyens français, que la Cour de cassation refusa d'abroger prétoriquement une loi relevant des dispositions constitutionnelles antérieures. En ce sens, elle fit prévaloir une interprétation liée à l'appartenance religieuse majoritaire : bien que tous les cultes reconnus bénéficient d'une protection, la loi civile demeure imprégnée par la religion catholique et doit être respectée¹⁶². Cette posture n'était, au demeurant, pas uniforme au sein de tous les tribunaux français, et certains refusèrent d'appliquer pleinement la loi sur le repos dominical. Aussi, le tribunal de police de la Tremblade considéra-t-il par un jugement du 22 novembre 1838 « qu'on ne saurait astreindre à la célébration du dimanche ou d'un jour férié celui qui ne le veut pas, soit qu'il fasse partie d'une secte non chrétienne, soit que sa croyance religieuse s'y oppose, sinon [les articles 5 et 6 de la Charte de 1830] seraient un non-sens dans la loi, à moins qu'on ne supposât que si le catholique pouvait empêcher de travailler le dimanche, le juif pourrait aussi exiger que le chrétien serait dans l'obligation de chaumer le samedi, jour de *sabbat* ; absurdité d'autant plus grande que la semaine entière pourrait ainsi se passer en observances religieuses qu'on se devrait réciproquement, admettant que la diversité des croyances vint à augmenter en France, circonstance jusqu'à un certain point possible »¹⁶³. De la protection offerte à l'appartenance ou à la croyance religieuse de chaque individu, le tribunal sembla tirer une neutralité d'application de la loi selon laquelle on ne saurait contraindre quiconque au respect de la pratique religieuse d'un autre.

La consécration, par la Charte de 1830, de la liberté des cultes et de la liberté de professer sa religion, souleva par ailleurs un mouvement doctrinal favorable à la séparation de l'Église et de l'État. Cette position fut partagée et défendue par des auteurs contemporains, dont LAMARTINE, qui déclarait en avril 1830 :

¹⁶¹ Cass. Crim., 23 juin 1838, *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, Imprimerie de Guiraudet et Jouaust, 1838 (nous soulignons).

¹⁶² On ne saurait dénier l'existence d'une certaine forme de « neutralité judiciaire » dans cette décision car, bien que la solution ait été affirmée au regard d'une religion majoritaire, elle ne s'est pour autant pas accompagnée d'une prise de position axiologique à l'encontre de tel ou tel culte (reconnu ou non). Si, en revanche, une sanction avait été prononcée à l'encontre d'un individu, en raison de son appartenance à un culte non majoritaire, toute hypothèse de neutralité judiciaire aurait été écartée par nous.

¹⁶³ Trib. de police de la Tremblade, 22 nov. 1838, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, 1839, p. 637. Le tribunal estima ici que l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 juin 1838 n'avait décidé que du principe selon lequel « une loi ne pouvait être abrogée par une autre loi postérieure qu'autant que la première était explicitement rapportée », sans traiter de « circonstances de faits que les tribunaux inférieurs sont appelés à juger ; circonstances à l'égard desquelles l'application de la nouvelle loi n'est possible qu'en supposant l'ancienne loi virtuellement anéantie ». La Cour de Cassation, saisie de l'affaire, considéra que cette question n'était pas pertinente car les faits de l'espèce n'entraient pas dans le champ d'application de la loi du 18 nov. 1814 : la loi n'était simplement pas applicable (Cass. Crim., 1^{er} juin 1839, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, 1839, p. 638). On rappelle que l'article 5 de la Charte de 1830 disposait alors que « Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection ».

« Un souffle religieux travaille la pensée humaine ; mais cette religion intime et sincère ne s'appuie que sur la conscience et la foi. Elle ne demande au pouvoir ni des alliances qui l'altèrent, ni des faveurs qui la corrompent ; elle ne demande que ce qu'elle accorde elle-même, ce qui fait son essence et sa gloire, indépendance et conviction »¹⁶⁴.

C'est dans la même tendance que naquit en mai 1843 le *Journal de la liberté religieuse*, périodique fondé par des publicistes et des magistrats et dont le cheval de bataille, la liberté religieuse, devait justifier la séparation en tant que « meilleure sanction de la liberté des cultes »¹⁶⁵.

30. Les temps qui suivirent la Monarchie de Juillet oscillèrent de la réconciliation entre l'Église et la République (c'est ce qu'on a pu écrire de la Seconde République) à la radicalisation des thèses séparatistes (notamment sous le Second Empire) et aboutirent finalement à la Séparation en 1905¹⁶⁶. En cherchant à écarter l'emprise de la religion dominante sur le pouvoir étatique, les combats laïques du XIX^e siècle ont finalement contribué à consolider l'image institutionnelle de la religion comme une institution concurrente de l'État. La séparation des Églises et de l'État achèvera l'isolement de cet ordre juridique indépendant de l'ordre étatique : l'ordre juridique religieux (**B**).

B. L'isolement de l'ordre juridique religieux

« Dans ses relations avec la religion, l'État est toujours contraint de raisonner de Puissance à Puissance, ce qui l'incite à une hostilité de principe »¹⁶⁷.

31. La séparation des Églises et de l'État : l'implicite admission d'un ordre juridique concurrent de l'ordre juridique étatique. La loi de 1905 est née dans un contexte idéologique profondément anticlérical¹⁶⁸. Apparue comme une loi de combat¹⁶⁹ et de rupture, elle présente pourtant sur le plan juridique « toutes les caractéristiques d'une loi de liberté »¹⁷⁰. C'est en réalité l'interdépendance que l'ordre juridique étatique entretenait avec l'Église catholique, cette désor-

¹⁶⁴ A. DE LAMARTINE, *Discours prononcé dans la séance publique tenue par l'Académie française pour la réception de M. Lamartine, le 1er avril 1830*, Imprimerie Firmin Didot, 1830, p. 16. On notera toutefois que LAMARTINE, bien que partisan de la séparation, n'était point antireligieux pour autant.

¹⁶⁵ *Journal de la liberté religieuse*, juin 1843.

¹⁶⁶ J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 7^e éd., PUF, 2017, p. 34 s.

¹⁶⁷ R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 575.

¹⁶⁸ J. LALOUETTE, *La séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée. 1789-1905*, Seuil, 2005, p. 418.

¹⁶⁹ A. BOYER, *1905 : La Séparation Églises-État. De la guerre au dialogue*, Éd. Cana, 2004, p. 14.

¹⁷⁰ P. ROLLAND, « Laïcité et liberté », in *De la séparation des Églises et de l'État à l'avenir de la laïcité*, sous la dir. de J. BAUBÉROT et M. WIEVIORKA, Éditions de l'aube, 2005, p. 328.

mais « vieille ennemie »¹⁷¹, qu'elle était vouée à évincer. En posant le principe de séparation, « elle octroyait à l'État la plénitude de sa souveraineté (temporelle), à l'encontre de la pression du Vatican »¹⁷². Ce « refus de l'accaparement de l'État et de la société par les religions et, inversement, de la mainmise de l'État sur celles-ci »¹⁷³ représente la façon dont la religion était alors perçue : une organisation rivale, qui produit un système de normes intervenant sur la société en concurrence avec les normes édictées par l'ordre juridique étatique¹⁷⁴. Asseoir la séparation des Églises et de l'État, c'était donc trancher et affirmer un conflit de compétence entre deux ordres juridiques séparés : sur le territoire de l'État français, c'est à l'ordre juridique étatique qu'il devait revenir de structurer et de gérer le fonctionnement de la société française.

Au lendemain de la séparation, les jurisprudences judiciaire et administrative débutèrent ainsi la construction du statut des ministres du culte. Il fut établi que, pour qu'un ministre du culte fût *légalement* en fonction, celui-ci devait être reconnu comme tel par la *hiérarchie religieuse*¹⁷⁵ ; ce qui revient *in fine* à conférer à l'autorité séculière la possibilité de « prendre en considération la qualité de ministre d'un culte, ou de personnel religieux [m]ais [que cette qualité] s'impose à elle comme une donnée, régie par les règles d'organisation d'un culte sur lesquelles l'État n'a pas prise »¹⁷⁶. Après l'entrée en vigueur de la loi de 1905, l'Église catholique avait en effet refusé que la mission exercée par un ministre du culte au sein d'une association cultuelle ne soit soumise au droit civil et réglementée par les règles civiles du contrat de travail¹⁷⁷. Lorsqu'il est question de foi, l'engagement religieux ne devait pas faire du prêtre l'employé de l'évêque. Aussi, les tribunaux firent-ils le choix de refuser l'application du droit civil étatique lorsque des rapports de subordination d'*ordre religieux* étaient constatés¹⁷⁸. Pour le culte catholique, une loi du 19 février 1950 vint d'ailleurs préciser que « l'exercice du ministère du culte catholique n'est pas considéré comme une activité professionnelle au regard de la législation sociale en tant qu'il se limite à une activité exclusivement religieuse ». Fut donc cassée la décision de la Cour du travail de Gand qui avait con-

¹⁷¹ L'expression est d'A. BRIAND, cité dans le rapport *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 264.

¹⁷² G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP G*, 1987, I, p. 3292.

¹⁷³ *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 263.

¹⁷⁴ D'ailleurs, l'article 4 de la loi de 1905 témoigne la représentation institutionnelle que se fait l'État de la religion. Cette disposition organise la constitution des associations cultuelles suite à la séparation, et prévoit notamment – face à l'hostilité de l'Église catholique qui craignait que de telles associations ne favorisent les schismes en son sein – que ces associations doivent se « conform[er] aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ». Les associations cultuelles demeurent donc, par cette disposition, rattachées à une organisation générale supérieure qui n'est pas l'État mais le culte duquel elles répondent.

¹⁷⁵ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 253-254.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 254.

¹⁷⁷ Pour un exposé de la situation des personnels religieux au regard du droit social, v. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *op. cit.*, p. 1613-1715.

¹⁷⁸ Cass. civ. 24 déc. 1912, *S.* 1913, I, p. 378 : la relation d'un officiant religieux avec son ordre empêche la constitution d'un contrat de travail.

clu que les fonctions d'enseignement exercées par une religieuse au sein d'une institution scolaire libre l'avaient été en exécution d'un contrat de travail. Pour parvenir à cette conclusion, la juridiction avait distingué l'engagement d'adhésion initial à une communauté religieuse de l'engagement ultérieur en qualité d'enseignant auprès d'une école déterminée. Il y avait là, selon elle, deux consentements distincts, associés à des effets juridiques de nature différente : le premier engagement ne produisait, en vertu du principe de séparation, aucun effet de droit civil et devait être considéré comme une *res inter alios acta* ; le second, en raison des circonstances qui démontraient la conclusion directe d'un contrat de travail (même si, *ipso facto* ce n'en était pas vraiment un), avait la nature d'un « contrat d'emploi emportant des effets civils ». La Cour de cassation cassa cet arrêt, considérant que l'engagement professionnel de l'intéressée était indissociable de son engagement religieux initial dès lors que la mission avait été accomplie en exécution de son devoir d'obéissance résultant de ses vœux de religieuse et que le lien de subordination devait être analysé comme la conséquence de ces relations d'ordre exclusivement religieux¹⁷⁹. Ainsi le religieux chassait-il le civil. Une telle solution suggère effectivement qu'aucun chevauchement n'est possible entre ordres juridiques religieux et étatique, chacun ne pouvant s'appliquer que si l'autre ne l'est pas.

32. L'organisation des rapports entre ordre juridique religieux et ordre juridique étatique : l'hypothèse de l'usage des règles de droit international privé. Une fois libéré de l'emprise religieuse, l'État dut se saisir du « paradoxe que la notion de laïcité a[va]it engendrée »¹⁸⁰. En séparant les Églises de l'État, on avait provoqué leur coexistence au sein de la société française, incitant « l'activité juridique à présenter les voies d'une conciliation entre ces deux systèmes, ou à éviter les domaines de confrontation directe »¹⁸¹. C'est pourquoi afin d'en organiser les rapports sans chevauchement, une forme de « collaboration internormative »¹⁸² entre les ordres religieux et civil s'est avérée nécessaire. Dans cette optique, une partie de la doctrine a proposé, en vain, que les rapports entre droit religieux et droit étatique puissent être pensés à l'aune des règles de droit international privé¹⁸³. Le problème tenait notamment à l'inadéquation du procédé clas-

¹⁷⁹ Cass., 21 nov. 1977, *Pas.* 1977, I, p. 314.

¹⁸⁰ G. KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP G*, 1987, I, p. 3292.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 208.

¹⁸³ V. P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État », *RTD Civ*, 1956, p. 1 ; de même SANTI-ROMANO comparait à de nombreuses reprises le droit international privé et les relations droit étatique/droit de l'Église, cf. SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, traduit par P. MAYER, 2e éd., Dalloz, 2002. Pour une étude détaillée des rapports entre ordres normatifs religieux et étatiques à l'aune de la méthodologie du droit international privé, v. notamment A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : McGill (Montréal) : 2005].

sique de conflits de lois lorsque droit étatique et droit religieux se rencontraient, dès lors que cette méthode impliquait la possibilité pour le juge du for d'appliquer la loi étrangère. Avec la laïcité, il n'était pas concevable que les juges étatiques puissent appliquer des lois religieuses. Pierre GANNAGE constatait ainsi qu'en ce domaine l'autorité civile tantôt se dessaisissait, tantôt substituait au droit religieux le droit du for¹⁸⁴... Une telle attitude s'expliquerait selon lui par la peur des juridictions étatiques de dénaturer le droit religieux, mais elle pourrait tout aussi bien trouver sa source dans un sentiment de défiance à l'égard de celui-ci¹⁸⁵. Elle traduit en tout cas le profond rejet, en France, de toute forme de pluralisme institutionnalisé fondé sur la reconnaissance de la compétence normative et juridictionnelle de l'ordre religieux. C'est pour cette raison que le juge judiciaire ne peut pas appliquer telle quelle une norme émanant d'un ordre religieux non étatique¹⁸⁶.

33. La compréhension de la religion s'est ainsi orientée sur une conception institutionnelle de celle-ci, isolée hors de l'ordre juridique étatique par la séparation des Églises et de l'État. Ce double isolement présente respectivement deux écueils. Le premier tient à l'inadéquation de la conception institutionnelle à la réalité religieuse contemporaine. Construite autour de l'image de l'Église catholique, l'idée d'une religion institutionnalisée a été – et demeure – bousculée par la globalisation des échanges humains et notamment par l'arrivée de religions ne s'intégrant pas dans le moule de la religion institutionnalisée, telles que la religion musulmane.

Le second se présente comme la conséquence de l'isolement institutionnel de la religion. Tout se passe comme si l'élimination de son emprise sur le droit français s'était accompagnée de son rétrécissement social. La tendance déjà constatée par Émile DURKHEIM au début du XX^e siècle semble s'être lourdement accentuée. À propos de la religion, le célèbre sociologue faisait le constat suivant :

« À l'origine, elle s'étend à tout : tout ce qui est social est religieux ; les deux mots sont synonymes. Puis, peu à peu, les fonctions politiques, économiques, scientifiques s'affranchissent de la fonction religieuse, se constituent à part et prennent un caractère temporel de plus en plus accusé. Dieu, si l'on peut l'exprimer ainsi, qui était d'abord présent à toutes les relations humaines s'en retire progressivement ; il abandonne le monde aux hommes et à leurs disputes. Du moins, s'il continue à les dominer, c'est de haut et de loin »¹⁸⁷.

¹⁸⁴ P. GANNAGÉ, « Le juge civil face aux droits religieux », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 247 (voir p. 250). Pour un exemple jurisprudentiel de dessaisissement, v. notamment l'arrêt *Levinçon* : Cass. Civ. 29 mai 1905, S. 1906-I-161 note PILLET ; D.P. 1905-I-353 ; CLUNET 1905-1006.

¹⁸⁵ En ce sens, R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 575.

¹⁸⁶ A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005], p. 1185. L'auteur y démontre aussi le rejet du pluralisme institutionnalisé au Québec, mais souligne que ce rejet ne repose pas sur les mêmes fondements qu'en France.

¹⁸⁷ E. DURKHEIM, *De la Division du Travail Social*, 4 éd., Alcan, 1922, p. 143.

De plus en plus d'auteurs, juristes et sociologues, ont en effet remarqué une recomposition¹⁸⁸ du champ religieux intervenant en étroite corrélation avec la recomposition sociale de nos sociétés modernes. Pour la sociologue Danièle HERVIEU-LEGER, si la religion « tend à embrasser une portion de plus en plus petite de la vie sociale », si elle décline, c'est « parce que le changement social entame la capacité collective de créer des idéaux »¹⁸⁹. La privatisation de la religion issue de la loi de 1905 pourrait en effet s'analyser comme le vecteur de ce que Marcel GAUCHET décrit comme la *substitution* du religieux à la religion¹⁹⁰, c'est-à-dire comme le transfert d'une religion comprise comme un système d'organisation de la réalité collective à une religiosité privée, individuelle et subjective.

34. En définitive, « ce qui sort de ce double mouvement, ce n'est pas la fin de la religion, mais la métamorphose de la religion »¹⁹¹. Cette métamorphose sociale est, on l'a vu, corroborée juridiquement par le cantonnement de l'ordre juridique religieux consécutif à la séparation des Églises et de l'État. Cela ne signifie pas que les institutions religieuses ont disparu ; au contraire, les Professeurs Francis MESSNER, Pierre-Henri PRELOT et Jean-Marie WOEHLING ont fait le constat que celles-ci sont de mieux en mieux reconnues au niveau de la société globale mais qu'elles subissent en revanche une relative désaffection sociale et une perte d'emprise sur leurs membres¹⁹². En ce sens, il semblerait qu'une compréhension duale de religion se développe, composée d'une part de religion institutionnelle et d'une part de religiosité individuelle. Cette dernière traduirait le « refoulement du religieux dans la dimension psychique et subjective, un peu comme certains voient la laïcité comme le refoulement de la religion dans la sphère privée »¹⁹³. Elle se manifesterait aussi par le biais de l'amplification de l'individualisme religieux (II).

¹⁸⁸ Pour un point de vue outre-Atlantique de cette recomposition, v. notamment R. ANKER et N. CARON, « Sécularisation et transferts du religieux. De la fin de la religion à l'ouverture indéfinie », *Revue française d'études américaines*, 2014, n° 141, p. 3. Les auteurs remarquent également l'évolution de la relation du croyant – ou du non-croyant – au lieu de culte et à l'institution religieuse, constatant qu'un nombre croissant d'américains rejettent une affiliation religieuse. Dans le même temps, ANKER et CARON soulignent que cette évolution « n'est nullement incompatible avec une recrudescence du sentiment religieux, ou encore de la pratique religieuse, même si l'on peut avancer que le nombre d'Américains susceptibles de se passer de Dieu est en progression ».

¹⁸⁹ D. HERVIEU-LÉGER, « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 63/1, p. 11 (voir p. 15).

¹⁹⁰ Telle est la thèse majeure du *Désenchantement du monde* ; cf. M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985.

¹⁹¹ D. HERVIEU-LÉGER, *op. cit.* p. 15.

¹⁹² F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2^e éd., LexisNexis, 2013, p. 294 et 305.

¹⁹³ P. GAUDIN, « Est-on sorti de la religion ? La question du “religieux après la religion” selon Marcel Gauchet. Penser avec M. Gauchet contre M. Gauchet », *Monde chinois*, 2013, n° 3, vol. 35, p. 67. Cette conception de la laïcité nous paraît, à la suite de H. ARENDT, erronée. La philosophe explique que bien que la séparation ait retiré la religion de la vie publique, retirant par là-même à la politique toutes les sanctions religieuses, « Il ne suit pas de là que cette séparation a transformé la religion entièrement en une “affaire privée”. Ce type d'intimité dans la religion se produit seulement quand un régime tyrannique interdit le fonctionnement public des églises et refuse au croyant l'espace public où il peut apparaître avec d'autres et être vu par eux. Le domaine public-séculier, ou la sphère poli-

II. LE DEVELOPPEMENT DE L'INDIVIDUALISME RELIGIEUX

35. Dans les sociétés anciennes, la religion correspondait à une « manière d'être des sociétés humaines, à une organisation exhaustive du monde humain »¹⁹⁴. L'individu y aurait longtemps été éclipsé de la religion au profit du clan. Aussi, jusqu'au début de -1000 avant J.-C., les finalités du droit se concentraient autour de la recherche de la justice et de l'ordre¹⁹⁵. Avec l'émergence des « nouvelles religions » – monothéistes et karmiques –, l'importance de l'individu, et avec elle l'idée d'un « salut individuel », s'est peu à peu révélée. L'objectif de ces religions n'était plus de garantir le confort ici-bas mais le salut de la personne dans l'au-delà¹⁹⁶ : il s'agissait pour celle-ci de moduler son comportement afin de s'assurer un « avenir » après la mort¹⁹⁷. L'individu est ainsi devenu sujet de sa propre destinée – ces religions fournissant une conception du monde attentive de l'individu et détachée des communautés¹⁹⁸. Ainsi que le relevait HEGEL :

« Ce n'est que dans le principe chrétien qu'essentiellement l'esprit personnel individuel acquiert une valeur infinie, absolue ; Dieu veut aider au salut de tous les hommes »¹⁹⁹.

Une compréhension moderne de la religion, logée dans la notion de « croyance religieuse » a ainsi émergé à partir du XIX^e siècle comme une notion centrée sur le vécu individuel et synonyme d'idées, de représentations, de sentiments, de conduites, relatifs au surnaturel et au sacré²⁰⁰. Le développement du paradigme postmoderne et les réformes de laïcisation du droit ont accentué la dimension individuelle de la religiosité : « Désormais, il n'y a plus d'ordre divin, plus de loi providentielle. Les individus humains sont conçus comme des êtres absolus, autonomes, qu'aucune

tique, à proprement parler, a et laisse une place pour la sphère publique-religieuse. Un croyant peut être membre d'une Église et en même temps agir comme citoyen dans l'unité plus large constituée par toute appartenance à la Cité » (H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 95).

¹⁹⁴ M. GAUCHET, « Le désenchantement désenchanté », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 73 (voir p. 75).

¹⁹⁵ F. TERRÉ, « Le droit et le bonheur », *D.*, 2010, p. 26.

¹⁹⁶ F. LENOIR, *Petit traité d'histoire des religions*, Plon, 2008, p. 113s.

¹⁹⁷ L'auteure souligne que cette généralité souffre classiquement d'exceptions. Du temps de l'Égypte antique, le culte dominant, polythéiste, vise tant le bien-être du peuple égyptien que le salut de chacun. Il suffit, pour s'en convaincre, d'explorer les mausolées, pyramides et tombeaux parsemés dans toute l'Égypte pour constater qu'une grande partie des rites, et notamment les rites funéraires, avaient vocation à garantir au défunt un voyage et une vie dans le monde des morts. Le *Livre des Morts* évoque notamment le jugement de l'âme du défunt devant le tribunal d'Osiris, dieu des morts et de l'accession à la vie éternelle, par la pesée du cœur : pour s'assurer de la pureté de l'âme, le cœur doit être plus léger qu'une plume disposée de l'autre côté de la balance

¹⁹⁸ F.-X. TESTU, « Individu », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND. et S. RIALS, PUF, 2003, p. 819 (voir p. 821).

¹⁹⁹ G. W. F. HEGEL, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, Gallimard, 1954, p. 131.

²⁰⁰ Cf. M. GAUCHET, « Le désenchantement désenchanté », *op. cit.*, p. 75.

volonté supérieure ne commande ; et l'on pose en principe que le droit doit ignorer s'ils ont une fonction providentielle à remplir ou même simplement une mission sociale à exercer »²⁰¹.

La sécularisation du droit contribuait ainsi à l'exaltation des idées de liberté, de droit individuel ainsi qu'à l'engendrement du « dogme de l'autonomie absolue du vouloir humain »²⁰². Au XX^e siècle, l'expansion des droits de l'Homme propulsait au rang des priorités le « bien-vivre » de l'individu. Parmi eux, la liberté de religion semble en passe de devenir le bras armé d'une protection individualisante de la religion. En droit privé, la religion apparaît de plus en plus comme le produit d'un choix individuel, fondé sur l'individualisme juridique (A). L'individualisation de la religion se traduit ainsi juridiquement par l'émergence de la notion de « convictions religieuses » (B).

A. L'individualisme juridique, fondement de l'individualisation de la religion

« L'individualisme est partout dans le monde moderne »²⁰³.

36. L'idée d'une individualisation de la religion est née dans la conscience juridique sous l'influence de l'individualisme juridique moderne avant de se développer avec une acuité particulière à l'époque postmoderne.

37. De l'individualisme moderne, consécration de l'autonomie personnelle. Le rôle de plus en plus important accordé à la volonté individuelle est la conséquence d'un renversement philosophique qui contribua à repenser le droit naturel classique à l'aune de la modernité : « exaltation du rôle de l'homme et de sa raison et de l'invention humaine dans la production du droit ; attention à l'individu, explicitation de ses droits ; progrès du droit des points de vue de l'ordre et de la précision... »²⁰⁴. L'individualisme s'est rapidement frayé un chemin dans la conscience juridique. Selon Michel VILLEY, il constitue même le trait le plus spécifique de la pensée juridique moderne car « c'est l'individualisme qui oppose le droit moderne, non pas seulement aux conceptions dominantes du Moyen Âge, mais encore aux doctrines classiques de la philosophie du droit de l'Antiquité »²⁰⁵. Si c'est à D'OCCAM et à l'école nominaliste que l'on doit la théorisation de

²⁰¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1912, p. 34.

²⁰² *Ibid.*, p. 36.

²⁰³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, p. 191.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 181.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 191.

l'individualisme juridique moderne, GROTIUS, PUDENDORF, HOBBS et les philosophes des Lumières participèrent eux-aussi à la réorientation du droit autour de la nature humaine individuelle²⁰⁶. La Révolution de 1789 constitua alors la première réalisation de « l'épanouissement du germe individualiste déposé dans la conscience humaine par le Christianisme »²⁰⁷. Dans *Le contrat social* (1762) et *Doctrines du droit* (1795), ROUSSEAU et KANT mirent à leur tour en exergue le sens subjectif du droit comme un droit « identique à la liberté, à l'autonomie de la volonté »²⁰⁸. Au XX^e siècle, la doctrine juridique s'est-elle aussi intéressée à la compréhension et l'élaboration de ce phénomène individualiste. L'individualisme moderne justifie ainsi les droits de l'individu par le fait qu'ils sont inhérents à sa volonté, volonté qu'il tire de sa nature humaine. « Ces droits de l'individu, écrit DUGUIT, sont des pouvoirs propres à sa volonté, des qualités inhérentes à cette même volonté, qui lui appartiennent parce qu'elle est volonté humaine. La nature humaine, en effet, est libre et autonome : l'homme a une activité autonome, et il a le pouvoir de la développer librement »²⁰⁹. Chez ESMEIN, cette autonomie est inhérente à la personne humaine et la source de son libre développement ; ce dernier constituant d'ailleurs le but des droits individuels²¹⁰. Comme l'indique Jacques CHEVALLIER, l'individualisme constitue l'un des pôles de la modernité ; c'est indique-t-il « l'affirmation de l'irréductible singularité de chacun, la reconnaissance d'une marge d'autonomie et de liberté qui lui permette de mener son existence comme il l'entend ; c'est aussi le relâchement des liens d'allégeance communautaire par un procès de subjectivisation, qui conduit à reconstruire l'organisation sociale et politique tout entière, en partant de l'individu, érigé en point de référence suprême »²¹¹. L'intérêt accru porté à l'individu et à sa propre manière d'aborder et de concevoir la place et le rôle qu'il jouera en ce monde implique de protéger juridiquement ses choix tant qu'ils ne sont pas contraires aux normes juridiques étatiques, notamment à l'ordre public.

« Ce que le droit protège dans l'acte de volonté, c'est donc bien moins la volonté elle-même que le but qui la met en mouvement ; et elle le protège non pas simplement parce qu'il est voulu, mais parce qu'il est conforme – ou présumé tel – aux fins supérieures de l'organisation juridique »²¹².

²⁰⁶ Pour un retour sur cette évolution, et les rapports entre le droit et la volonté, v. notamment P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 46s., n° 46s.

²⁰⁷ E. CAYRET, *Le procès de l'individualisme juridique*, Sirey, 1932, p. 47.

²⁰⁸ E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 55. Auxquels on ne manquera pas d'ajouter les penseurs du droit naturel moderne et notamment LOCKE, BLACKSTONE ou encore SIEYÈS.

²⁰⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., E. de Boccard, 1927, t. I, p. 203 (nous soulignons).

²¹⁰ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 542 (la première édition parut en 1896).

²¹¹ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, p. 659.

²¹² E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1912, p. 340.

La protection de la volonté individuelle s'est étendue vers la protection de toute la diversité des positions individuelles dès lors qu'elles ne dépassent pas les limites fixées par les normes de l'État.

38. À individualisme postmoderne, fondement d'un droit référencé sur l'épanouissement personnel de l'individu. La modernité est cependant entrée en crise. Nombre de théoriciens du droit en ont relevé les insuffisances, soulevant l'incapacité de la théorie moderne du droit à rendre compte de la réalité actuelle du champ juridique et appelant à la découverte de la pluarlité juridique²¹³. L'entrée dans l'ère postmoderne se manifesterait, d'après les Professeurs OST et VAN DE KERCHOVE, par la transition d'un système normatif en pyramide vers un système en réseau. L'organisation hiérarchisée, étatiste, monologique, positiviste, du droit serait repensée en faveur d'une conception dans laquelle l'État « cesse d'être le foyer unique de la souveraineté [...] ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme [...] ; les frontières du fait et du droit se brouillent [...] ; les pouvoirs interagissent [...] ; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit [...] se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes a priori ; la justice [...] s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables »²¹⁴. Dit autrement, les sources du droit se repensent et s'inter-alimentent. Dans ce cadre, le changement de paradigme laisserait une place à la reconnaissance de « normativités privées »²¹⁵ et par conséquent à une prise en compte de l'individu dans le réseau de production de la norme ; l'accent individualiste est poussé vers l'idée d'établir le droit « à partir des prérogatives individuelles »²¹⁶. Cette considération puise évidemment sa source dans l'affirmation moderne de la volonté individuelle. Elle en constitue le prolongement en consolidant la protection de la liberté de choix de l'individu (qui se traduit dans la protection de la vie privée, du choix du mode de vie) et en ajoutant une nouvelle ambition : celle d'assurer son bien-être (*via* le droit à la santé, le droit à un environnement sain, par exemple). Certains auteurs considèrent en ce sens que le fondement du droit est devenu le droit de

²¹³ V. par ex. B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, n° 10, p. 390 ; A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991.

²¹⁴ F. OST et F. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14 (nous soulignons).

²¹⁵ Les personnes visées forment un ensemble divers, comprenant les particuliers mais aussi les associations, les entreprises, les syndicats, les organisations professionnelles, les multinationales, les fédérations sportives internationales, les Églises, etc.

²¹⁶ F.-X. TESTU, « Individu », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND. et S. RIALS, PUF, 2003, p. 819.

l'individu à son plein épanouissement personnel, condition de respect de la dignité de la personne humaine²¹⁷.

39. Cette attention portée à l'épanouissement personnel a d'abord germé à l'étranger, notamment dans la jurisprudence américaine. En effet, dès 1865 la Cour Suprême des États-Unis établissait, sous la plume du juge William DOUGLAS, que la Constitution américaine (dont le préambule place explicitement parmi les droits inaliénables la Vie, la Liberté et la poursuite du Bonheur²¹⁸) garantissait à tout individu trois droits fondamentaux : le droit à l'épanouissement personnel (*self-fulfilment*), le droit à la différence (*non-conformity*) et le droit au respect de sa dignité dans les relations avec l'État (*dignified treatments by the government*)²¹⁹. Un siècle plus tard, cette décision retentit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui ébaucha à partir de 1976 la construction d'un nouveau pan du droit au respect de la vie privée. Faisant le choix explicite d'aller au-delà de la définition doctrinale de la vie privée que les auteurs français et anglo-saxons s'accordaient à trouver dans le « *right to be left alone* », elle jugea que ce droit ne s'épuisait pas dans le droit à être laissé seul. Selon la Cour, celui-ci comprenait en outre, « dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »²²⁰. Au fil de sa jurisprudence, elle fit preuve d'une attention particulière au développement²²¹ et à l'épanouissement personnel des individus, allant jusqu'à considérer que l'article 8 de la Convention EDH protégeait le *droit à l'épanouissement personnel*²²² et que ce droit prenait la

²¹⁷ A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005], p. 102.

²¹⁸ Ces droits figurent dans la Déclaration d'Indépendance du 4 juil. 1776. Le bonheur y apparaît d'ailleurs à deux reprises : « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness ».

²¹⁹ USSC, *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1865).

²²⁰ Com. EDH [plén.], *X. c. Islande*, 18 mai 1976, req. n° 6825/74. Cette solution fut reprise dans la décision Com. EDH [plén.], *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, 19 mai 1976, req. n° 6959/75 (sur l'interdiction de l'avortement en RFA).

²²¹ Cour EDH [G.C.], *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, req. n° 28957/95, § 90 : au XXI^e siècle, les transsexuels doivent pouvoir jouir du même droit que leurs concitoyens « au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ».

²²² Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98, 45558/99, § 83 : l'article 8 de la Convention protège le « droit à l'épanouissement personnel » ; Cour EDH [G.C.], *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 déc. 2008, req. n° 30562/04, 30566/04, § 66 ; Cour EDH [G.C.], *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 sept. 2017, req. n° 61496/08, § 70 ; Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, § 126 ; Cour EDH [G.C.], *Gillberg c. Suède*, 3 avr. 2012, req. n° 41723/06, § 66.

forme soit du développement personnel²²³ soit de l'autonomie personnelle²²⁴. La protection de l'épanouissement personnel figure également sous l'angle de la protection de la liberté d'expression, dont les juges européens rappellent qu'elle est une condition primordiale du progrès et de l'épanouissement de chacun²²⁵. L'épanouissement de la personne humaine pourrait éventuellement s'analyser comme une finalité ayant une place centrale dans l'interprétation de l'article 8 de la Convention, indique Michel LEVINET, pourtant peu convaincu par l'assertion²²⁶. La vie privée pourrait s'être mutée, au-delà de l'autonomie personnelle (*the right to be left alone*), en un « droit plus global à l'épanouissement de la personne, qui doit aboutir au bonheur de l'individu »²²⁷. Aussi, ce principe d'autonomie, « soit littéralement la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme, est placé au service de l'épanouissement de la personne [...]. Cette insistance sur l'autonomie de la personne caractérise les sociétés occidentales, libérales et pluralistes, dans lesquelles la poursuite du bonheur est affaire individuelle »²²⁸. Dans le domaine religieux, cette poursuite du bonheur se manifeste dans le choix du groupe religieux, un choix guidé sans doute par des considérations culturelles mais aussi par le contenu des propositions desdits groupes : « on vient moins chercher une doctrine qu'une sagesse, qu'un art de vivre »²²⁹. L'option religieuse est en effet devenue l'expression du choix d'un art de vivre, du choix d'un mode de vie par l'individu.

40. Dès lors, chacun se voit reconnaître la liberté de choisir le mode de vie qui lui convient. Cette liberté, si elle est effectivement reconnue, ne bénéficie pas d'une protection absolue. La

²²³ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, § 61 : l'article 8 « protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur ».

²²⁴ *Ibid.*, § 61 : « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ». V. ég. H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015.

²²⁵ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, § 49 ; Cour EDH [G.C.], *Gillberg c. Suède*, 3 avr. 2012, req. n° 41723/06, § 82 ; Cour EDH [G.C.], *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 nov. 2015, req. n° 40454/07, § 88.

²²⁶ M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, p. 3.

²²⁷ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH*, 2006, n° 65, p. 35.

²²⁸ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508. Le bonheur nous apparaît de plus en plus comme un objectif transcendantal assumé du droit postmoderne. En effet, « au-delà des effets de mode, la question du bonheur est depuis longtemps au cœur de la problématique juridique, au point de prétendre qu'elle est au principe des droits de l'homme » (F. LEMAIRE, « À propos du bonheur dans les constitutions », *RFD-A*, 2015, n° 1, p. 107). Aussi, à l'affirmation de H. GRENIER selon qui « le bonheur est pour notre nature une fin dont elle ne possède pas les moyens » (H. GRENIER, *La liberté heureuse*, Grasset, 2003, p. 249) ; nous postulons la paraphrase suivante : le bonheur est devenu, pour la culture juridique postmoderne, une fin dont elle échafaude les moyens, c'est-à-dire les droits de l'homme.

²²⁹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 303.

Cour européenne des droits de l'Homme précise par exemple que les articles 8 et 9 de la Convention ne protègent pas n'importe quel choix personnel et que celui-ci doit revêtir un degré minimum de sérieux²³⁰. Ce faisant, la protection des choix individuels est protégée contre les désirs, caprices, égoïsmes et autres comportements de nature à encourager la quérulence des individus²³¹. Il n'en demeure pas moins que les choix individuels et leur compréhension acquièrent une influence croissante dans le discours juridique : en témoigne par exemple la question de l'accès à la FIV pour tous les couples²³² (et le débat sur la PMA et la GPA), la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse²³³ ainsi que, de manière générale, l'intérêt suscité par le contrôle de proportionnalité et l'appréciation *in concreto* dans le raisonnement juridique.

41. La considération postmoderne pour la liberté de choix, et plus spécifiquement pour les normativités individuelles, fruits de cette liberté, se traduit dans le champ religieux par l'apparition de la notion de « convictions religieuses » (B).

B. Les convictions religieuses, traduction de l'individualisation de la religion

42. Le concept de « convictions religieuses » est régulièrement présenté comme « la dimension *subjective* de la religion »²³⁴. Cette primo-définition ressort des différents travaux d'analyse juridique de la religion à l'issue desquels la majorité de la doctrine s'accorde à lui conférer une

²³⁰ L'ingérence dans le droit à la liberté d'expression et au respect de la vie privée du requérant qui défend la nudité et qui refuse de porter des vêtements est justifiée : Cour EDH, *Gough c. Royaume-Uni*, 28 oct. 2014, req. n° 49327/11, § 184 (notre traduction) : « Furthermore, as concerns in particular an individual's personal choices as to his desired appearance in public [...], on analogy with the applicability of Article 9 of the Convention to religious beliefs [...], Article 8 cannot be taken to protect every conceivable personal choice in that domain: there must presumably be a *de minimis* level of seriousness as to the choice of desired appearance in question [...]. Whether the requisite level of seriousness has been reached in relation to the applicant's choice to appear fully naked on all occasions in all public places without distinction may be doubted, having regard to the absence of support for such a choice in any known democratic society in the world. In any event, however, even if Article 8 were to be taken to be applicable to the circumstances of the present case, the Court is satisfied that those circumstances are not such as to disclose a violation of that provision on the part of the public authorities in Scotland. In sum, any interference with the applicant's right to respect for his private life was justified under Article 8 § 2 for essentially the same reasons given by the Court in the context of its analysis of the applicant's complaint under Article 10 of the Convention ».

²³¹ Sur la quérulence, v. notamment S. GUILLEMARD, « Chronique - La quérulence : le malheur est dans le prétoire », *Repères*, mai 2013 ; S. GUILLEMARD, « Chronique - Abus de procédure et quérulence : grilles d'analyse et proposition », *Repères*, avril 2014.

²³² Le documentaire « Bébés sur mesure » produit par la chaîne Arte en 2017 met l'accent sur l'origine individuelle de la FIV ainsi que sur les tenants et aboutissants de cette démarche, notamment quant aux conséquences eugénistes des progrès scientifiques en matière de FIV.

²³³ Fondée sur la liberté de choix de la femme et le droit à la libre disposition de son corps, v. notamment le Manifeste des 343 salopes publié par le *Nouvel Observateur* en 1971. V. les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi Veil : <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975-ordinaire/070.pdf>.

²³⁴ J. CARBONNIER, *D.*, 1969, p. 368, note sous CA Nîmes, 10 juin 1967 : « La religion ou, subjectivement, les convictions religieuses [...] ».

dimension binaire composée d'un aspect collectif, objectif, et d'un aspect individuel, subjectif²³⁵. Cette distinction aurait d'ailleurs été mise en lumière par DURKHEIM au début du XX^e siècle, selon qui :

« Une religion est un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent. Le second élément qui prend ainsi place dans notre définition n'est pas moins essentiel que le premier ; car, en montrant que l'idée de religion est inséparable de l'idée d'Église, il fait pressentir que la religion doit être une chose éminemment collective »²³⁶.

Pour DURKHEIM, la religion est avant tout un *système*²³⁷. Un système qui réunit les croyances et pratiques de ceux qui *adhèrent effectivement* à ce système autour d'une *communauté morale*. Cette acceptation se retrouvera dans la jurisprudence judiciaire, sans toutefois faire l'objet d'une consécration par la Haute Juridiction. En 1980, la Cour d'appel de Paris considéra ainsi que la définition « habituellement donnée à la religion » manifestait la présence « d'un élément subjectif qu'est la foi complété par un élément objectif constitué par une communauté humaine »²³⁸. Elle fut suivie, dix-sept années plus tard, par la Cour d'appel de Lyon qui s'essaya à cet exercice de définition en jugeant qu'une « religion peut se définir par la coïncidence de deux éléments, un élément objectif, l'existence d'une communauté même réduite, et un élément subjectif, une foi commune »²³⁹. La Cour de Cassation sanctionna cette qualification en considérant le motif inopérant, surabondant et dépourvu de toute portée juridique²⁴⁰. Elle ne réforma pas la définition qu'elle aurait pourtant pu juger erronée.

Un siècle plus tard, cette définition systémique semble avoir été complétée par une compréhension de la religion orientée autour de l'individu et de sa propre subjectivité :

²³⁵ V. par exemple J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, 21 éd., Dalloz, 2015, p. 467 (voir p. 473) ; S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997, p. 67, pour qui la religion revêt deux sens : d'une part, l'appartenance sociologique à une religion donnée ; d'autre part, l'engagement religieux dans une foi et dans une pratique ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2 éd., éd. de Boccard, 1925, t. V, p. 455, pour qui la religion est à la foi un fait individuel et un fait social.

²³⁶ E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 4 éd., PUF, 1998, p. 49 (nous soulignons) ; v. également E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1 : « Les croyances et les pratiques individuelles ont toujours été peu de chose à côté des croyances et des pratiques collectives ».

²³⁷ V. en ce sens, R. DEBRAY, « Qu'est-ce qu'un fait religieux ? », *Études*, 2002, n° 9, p. 169, pour qui la (ou les) religion(s) constitue[n]t des « systèmes symboliques formalisés ».

²³⁸ CA Paris, 29 févr. 1980, *Jurisdata* n° 1980-094101, cité par M.-R. RENARD, « Le régime juridique de la liberté religieuse », *JCP G*, 1998, n° II, p. 10025.

²³⁹ CA Lyon, 28 juin. 1997, *Jurisdata* n° 1997-045013, *D.* 1997. 197 ; *JCP G* 1998, II, 10025, com. M.-R. RENARD (nous soulignons). En l'espèce, des scientologues étaient poursuivis pour escroquerie. Il leur était notamment reproché d'avoir diffusé des annonces d'offre d'emploi ne mentionnant pas qu'elles émanaient de l'Église de Scientologie et qui ne visaient en réalité qu'à attirer d'éventuels futurs adeptes. On leur reprochait également la distribution de prospectus proposant un test de personnalité et donnant toujours des résultats catastrophiques pour que l'individu s'inquiète et que des stages, cours, livres, et autres cures moyennant paiement puissent lui être proposés.

²⁴⁰ Cass. Crim., 30 juin 1999, n° 98-80501, *D.* 2000. 655, note B. GIARD.

« [l]a religion s'est redéfinie lentement mais irrésistiblement comme une croissance individuelle, comme opinion religieuse parmi d'autres opinions possibles à l'intérieur de l'espace pluraliste de confrontation proposé par le débat public et le suffrage politique »²⁴¹.

43. La redéfinition de la religion par son individualisation. Cette redéfinition, réalisée à l'aune du paradigme postmoderne, s'est construite en deux étapes. Elle serait le fruit de la *privatisation* du religieux d'une part, et du phénomène d'individualisation du « croire »²⁴² d'autre part.

La privatisation du religieux résulte de la séparation des églises et de l'État : la religion, depuis 1905, n'est plus une affaire publique et le juge fait désormais de la croyance une affaire qui relève de la sphère privée²⁴³. La religion de la personne s'inscrit, depuis lors, dans son for interne et échappe à tout jugement de valeur, au contrôle étatique et, par conséquent, à l'appréciation juridictionnelle. Il en résulte que le droit ne peut plus distinguer une religion – en son sens institutionnel – de ce qui ne l'est pas ; elle « ne constitue pas un concept juridiquement défini »²⁴⁴. Partant, la religion ne se manifeste plus que dans la sphère privée de l'individu et se concrétise ainsi dans ses relations personnelles, familiales et contractuelles. Tout en maintenant la religion institutionnelle hors du droit étatique²⁴⁵, naîtrait une vocation pour le droit civil à appréhender la religion²⁴⁶ à condition toutefois que la religion ne demeure plus comprise de manière systémique : le droit civil ne peut s'intéresser aux questions religieuses que s'il s'intéresse à la personne. Ainsi l'individualisation de la religion est-elle passée par un second phénomène : celui de l'individualisation du « croire ».

Ce phénomène correspond à une nouvelle forme de religiosité que d'aucuns ont nommé le « bricolage »²⁴⁷ individuel des croyances, ou encore le religieux « à la carte »²⁴⁸. À ce stade de l'étude, il est important de noter que le mouvement d'individualisation de la religion n'en a évidemment pas éliminé la dimension communautaire et/ou institutionnelle. Celle-ci nous semble au contraire demeurer un préalable incontournable : une conviction ne saurait être religieuse s'il n'est pas de religion. En effet, les convictions religieuses ne naissent-elles pas d'un choix

²⁴¹ V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145 (nous soulignons).

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Nous considérons que la séparation doit se comprendre en termes de sphères, et non en termes d'espaces.

²⁴⁴ A. BOYER, *Le droit des religions en France*, PUF, 1993, p. 11.

²⁴⁵ Il faut ici exclure l'Alsace et la Moselle, toujours soumises au régime concordataire.

²⁴⁶ En ce sens, C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 2, n° 3.

²⁴⁷ G. KOUBI, « Le "bricolage religieux", un outil pour repenser le rapport entre règles juridiques et croyances religieuses », *RRJ Droit prospectif*, 2005, p. 435.

²⁴⁸ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, *op. cit.*, p. 6 ; v. en ce sens J.-A. DE CLERMONT : « Chacun "bricole" à sa manière son "menu", prenant ici et là ce qui lui semble le plus adapté à son épanouissement individuel », J.-A. DE CLERMONT, « Comment le protestantisme français reçoit les formes du renouveau religieux », in *Sectes et laïcité*, sous la dir. de MIVILUDES, La documentation française, 2005, p. 158.

d'adhésion à une religion déterminée ? Ce sont l'héritage historique, culturel d'une religion, les commandements, les dogmes, les préceptes, croyances et valeurs qu'elle porte qui ont pu mener la personne à se tourner vers celle-ci en particulier plutôt qu'une autre (ou qu'aucune) ; c'est « la proposition d'un ensemble cohérent de valeurs religieuses [qui] permet à un individu d'adhérer à un système »²⁴⁹. Évidemment, ce postulat requiert que soit offert à l'individu la liberté de choisir d'adhérer à une religion, de se convertir, voire de ne plus croire ; il requiert de se trouver dans un État qui garantit la liberté de religion²⁵⁰. Tel n'est pas le cas de certains États confessionnels qui la rejettent²⁵¹ ou qui en garantissent une forme tronquée, notamment en interdisant l'apostasie²⁵².

L'individualisation du « croire » naît de cette connaissance personnelle des commandements édictés par une religion²⁵³ et se traduit par l'exercice d'un second niveau d'exercice de sa liberté par l'individu. Celui-ci, explique DURKHEIM, « [...] n'assiste pas en témoin passif à [la] vie religieuse qu'il partage avec son groupe. Il se la représente, y réfléchit, cherche à la comprendre et, par cela même, la dénature. En la pensant, il la pense à sa façon et l'individualise partiellement. Ainsi, par la force des choses, il y a dans toute Église presque autant d'hétérodoxes que de croyants, et ces hétérodoxies se multiplient et s'accroissent à mesure que les intelligences s'individualisent davantage »²⁵⁴. Le caractère obligatoire des commandements religieux s'étiolé devant l'exercice par l'individu de sa propre liberté de pensée et de sa liberté de choix, par « la sélection et l'exégèse individuelles » par lesquels « l'individu passe au crible, examine et intègre les éléments qui composeront son propre bagage spirituel »²⁵⁵. Si la personne peut choisir d'adhérer à une religion, de la quitter, de cesser de la pratiquer ou d'en changer, elle peut tout aussi bien choisir de se soumettre ou d'en adopter seulement certains dogmes et préceptes :

²⁴⁹ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 14.

²⁵⁰ La Cour européenne des droits de l'homme considère à ce propos que la liberté de religion ne garantit pas un droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux mais que cette liberté s'exerce par la faculté de l'individu de quitter librement la communauté religieuse (Cour EDH, *Miroslubovs et autres c. Lettonie*, 15 sept. 2009, req. n° 798/05, § 80 ; Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, § 128 ; Cour EDH, *Saint Synode de l'Église orthodoxe bulgare (métropolite Innocent) et autres c. Bulgarie*, 16 sept. 2010, req. n° 412/03, 35677/04, § 137 ; Com. EDH, déc. *Karlsson c. Suède*, req. n° 12356/86 ; Com. EDH, déc. *Spetz et autres c. Suède*, 12 oct. 1994, req. n° 20402/92 ; Com. EDH, déc. *Williamson c. Royaume-Uni*, 17 mai 1995, req. n° 27008/95).

²⁵¹ C'est le cas des États comme le Qatar, l'Arabie Saoudite, le Yémen, la Libye, le Maroc, qui ne garantissent nullement la liberté de religion.

²⁵² Selon le droit musulman classique, par exemple, la conversion d'un musulman à une autre religion est interdite. Certains États musulmans sanctionnent ainsi l'apostasie pénalement, comme le Yémen, l'Arabie Saoudite, la Mauritanie et l'Iran qui prévoient la peine de mort pour tout apostat, ou par la perte des droits civils et civiques ; sur ce point, v. H. NADAFI, *La liberté de religion dans les États de droit musulman*, [th. : Université Jean-Monnet - Saint Étienne : 2013], p. 103s. V. également H. LEGEAY, « La liberté religieuse au miroir de l'unité nationale égyptienne. Le cas des procès des chrétiens convertis à l'islam et revenus au christianisme », *Journal des anthropologues*, 2007, p. 51, en ligne : < <http://jda.revues.org/2957> >.

²⁵³ Il est fait référence ici à la fois aux ordres normatifs formels, aux droit religieux, tel que le droit canon, la Halakha, le droit musulman ou le droit hindou, et aux normes plus informelles ou implicites.

²⁵⁴ E. DURKHEIM, « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1 (nous soulignons).

²⁵⁵ M. YORK, « Le supermarché religieux : ancrages locaux du Nouvel Âge au sein du réseau mondial », *Social Compass*, 1999, n° 46(2), p. 173 (nous soulignons).

« Les prescriptions des autorités religieuses sont passées au crible de la conscience individuelle et les individus tiennent à l'autonomie de leur choix »²⁵⁶.

Tout se présente comme si « la religion n'[était] plus une destinée, mais le fruit d'un choix »²⁵⁷. On peut ainsi trouver au sein de la communauté chrétienne des individus substituant à la notion chrétienne de Résurrection (amnésie) celle de réincarnation, se forgeant ainsi « un concept “imaginaire” de la réincarnation totalement adapté à leur besoin »²⁵⁸.

« On constate aujourd'hui, en Occident surtout, une mise en cause de la religion traditionnelle, mais aussi un nouveau ferment religieux, un réveil de la spiritualité caractérisé par la juxtaposition d'éléments venus parfois de traditions hétérogènes. On parle alors de “bricolage”, de “religion à la carte”, de “syncrétisme” à partir d'éléments achetés dans des “supermarchés spirituels” »²⁵⁹.

Se dessine une tendance à la remise en question du caractère obligatoire des dogmes édictés par une religion. Cette remise en question est guidée par une forme de « *do it yourself* »²⁶⁰ et décrite, écrit Jean DELUMEAU, comme un véritable « supermarché du religieux »²⁶¹ au sein duquel la personne est libre de faire application ou non des commandements issus de la religion qu'elle a choisie. Cette tendance souligne « le refus de l'individu d'aujourd'hui de prendre en bloc la religion des traditions instituées, niant donc leur logique globale spécifique »²⁶², et considérant que « de nos jours, chacun doit définir lui-même sa religion indépendamment des Églises »²⁶³. Chez les catholiques, un sondage SOFRES établissait en 1986 que 82 % des français catholiques déclaraient tenir compte avant tout de leur conscience dans les grandes décisions de leur vie, tandis que seulement 2 % s'en remettaient aux positions de l'Église catholique²⁶⁴. C'est donc moins la religiosité que l'emprise des institutions religieuses sur leurs membres et la société qui est en perte de vitesse²⁶⁵.

²⁵⁶ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 301.

²⁵⁷ G. FILORAMO, « Pluralisme religieux et crises identitaires », *Diogenes*, 2002, n° 3, vol. 199, p. 34.

²⁵⁸ C. BERNAND, et al., « Regards croisés sur le bricolage et le syncrétisme* », *Archives de sciences sociales des religions*, 2001, n° 114, p. 61 (nous soulignons).

²⁵⁹ J. DELUMEAU, *Des religions et des hommes*, Desclée de Brouwer, 1997, p. 460. Sur le syncrétisme, v. aussi F. BOESPFLUG, « Le syncrétisme et les syncrétismes. Périls imaginaires, faits d'histoire, problèmes en cours », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2006, n° 2, tome 90, p. 273.

²⁶⁰ J.-P. WILLAIME, « La religion comme ressource symbolique et éthique dans une Europe sécularisée et pluraliste », in *L'Europe des religions*, Peter Lang, 2004, p. 33 (voir p. 52).

²⁶¹ Cité par S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997, p. 21.

²⁶² C. BERNAND, et al., « Regards croisés sur le bricolage et le syncrétisme* », *Archives de sciences sociales des religions*, 2001, n° 114, p. 61.

²⁶³ Selon un sondage mené en 1994 par l'Institut CSA pour *Le Monde, La Vie, Le forum des Communautés chrétiennes et L'Actualité religieuse dans le monde*, telle est l'opinion de 71 % des français majeurs ; cf. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 301.

²⁶⁴ SOFRES pour *Le Monde, La Vie* et France Inter, cité par F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 301.

²⁶⁵ V. en ce sens, F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 300 : « Autrement dit, ce qui est ébranlé [dans la conjoncture religieuse contemporaine] est moins le sentiment religieux en lui-même que son encadrement institutionnel, avec les deux dimensions classiques d'un tel encadrement : la fixation du religieux dans un

44. Le dépassement du dogme religieux institutionnel par la conviction religieuse individuelle. S'est donc développée l'idée selon laquelle la personne dispose d'une double liberté : celle de choisir une religion et celle de choisir – parmi les commandements religieux émanant d'une religion déterminée – lesquels de ces commandements ont vocation à guider son développement personnel, sa vision du monde et sa pratique spirituelle. Ce faisant, elle se voit dotée d'un troisième échelon de liberté : celui d'abandonner, d'ajouter, de changer, d'assouplir, voire de renforcer... somme toute d'interpréter les commandements de sa religion. La personne est alors libre de s'en détacher, d'en préférer une approche plus libérale comme d'adopter une démarche plus *fondamentaliste*²⁶⁶. Un « traditionalisme réactionnel », activé par la dissémination du religieux et l'affaiblissement de la régulation institutionnelle, s'observe ainsi avec l'accroissement des mouvements identitaires et/ou orthodoxes²⁶⁷ :

« Face à ce qu'ils perçoivent comme une dissolution des identités et un laxisme, divers milieux réagissent par un rapport traditionaliste aux traditions qui tend à figer celles-ci dans telle ou telle de leurs expressions passées. Il s'agit de se replier sur le connu, de contrer la dérégulation institutionnelle en renforçant le contrôle psychosocial des croyances et des pratiques face à un religieux perçu comme trop lâche et diversifié »²⁶⁸.

Les convictions religieuses peuvent aussi dépasser le dogme édicté par l'institution religieuse à laquelle la personne a adhéré. C'est ainsi par exemple que dans l'arrêt *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse* la Cour européenne des droits de l'Homme a été confrontée au cas de parents, de confession musulmane, dont les convictions religieuses au sujet de la tenue vestimentaire de leurs filles

système doctrinal précis et sa stabilisation sociale dans une organisation structurée » ; v. aussi p. 300 et 301 pour des indications chiffrées de la perte d'emprise sociale des institutions religieuses.

²⁶⁶ Pour M. GAUCHET, le terme « fondamentalisme » désigne la volonté de remettre au premier plan les « fondamentaux » de la foi, c'est-à-dire des éléments de celle-ci « sur lesquels il ne saurait être question de transiger », M. GAUCHET, « Les ressorts du fondamentalisme islamique », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 63 (voir p. 69). Sur le fondamentalisme, v. également M. E. MARTY et R. S. APPLEBY, « Conclusion : An Interim Report on a Hypothetical Family », in *Fundamentalisms Observed*, sous la dir. de M. E. MARTY et R. S. APPLEBY, The University of Chicago Press, 1991, p. 835 pour qui le fondamentalisme est une tendance « found within religious communities and paradigmatically embodied in certain representative individuals and movements, which manifest itself as a strategy, or set of strategies, by which beleaguered believers attempt to preserve their distinctive identity as a people or group. Feeling this identity to be at risk in the contemporary era, they fortify it by a selective retrieval of doctrines, beliefs, and practices from a sacred past. These retrieved “fundamentals” are refined, modified, and sanctioned in a spirit of shrewd pragmatism [...] Moreover, these fundamentals are accompanied in the new religious portfolio by unprecedented claims and doctrinal innovations [...] In this sense contemporary fundamentalism is at once both derivative and vitally original. In the effort to reclaim the efficacy of religious life, fundamentalists have more in common than not with other religious revivalists of past centuries. But fundamentalism intends neither an artificial imposition of archaic practices and life-styles nor a simple return to a golden era, a sacred past, a bygone time of origins -although nostalgia for such an era is a hallmark of fundamentalist rhetoric. Instead, religious identity thus renewed becomes the exclusive and absolute basis for a recreated political and social order that is oriented to the future rather than the past. By selecting elements of tradition and modernity, fundamentalists seek to remake the world in the service of a dual commitment to the unfolding eschatological drama (by returning all things in submission to the divine) and to self-preservation (by neutralizing the threatening “Other”) ».

²⁶⁷ Cf. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 304.

²⁶⁸ *Ibid.*

étaient plus « exigeantes » que les commandements provenant du Coran. Dans cette affaire, les requérants refusaient d'envoyer « leurs filles aux cours de natation au motif que leur croyance leur interdisait de laisser leurs enfants participer à des cours de natation mixtes. Ils indiquèrent que, même si le Coran ne prescrivait de couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, leur croyance leur commandait de préparer leurs filles aux préceptes qui leur seraient appliqués à partir de leur puberté»²⁶⁹. Cela n'a pas empêché la Cour européenne de protéger ces convictions religieuses, sans considération pour ce qui est prévu par la religion musulmane. En effet, dès lors que le droit à la liberté de religion (tel que l'entend la Convention européenne des droits de l'Homme) exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur leurs modalités d'expression²⁷⁰, le juge ne peut pas en apprécier le « contenu doctrinal »²⁷¹. Cette individualisation permet ainsi à l'individu de déformer une doctrine religieuse pour l'adapter à ses propres conceptions et systèmes de valeurs, tout en demeurant protégé par la liberté de religion. *In fine*, l'individualisation de la religion semble pouvoir entraîner sa malléabilisation exponentielle²⁷². Même détachée des carcans de la religion de laquelle elle est issue, la conviction pourrait demeurer religieuse. Ce faisant, le pluralisme interne à chaque univers religieux s'accroît et cette diversité est revendiquée au nom de la liberté de choix :

« Non seulement l'on veut être libre de choisir une religion ou de n'en choisir aucune, mais, si l'on en a choisi une, on veut se mouvoir librement dans son univers »²⁷³.

45. Le phénomène religieux nous a finalement semblé s'adapter à la scission des deux grandes branches du droit : d'un côté, il est communautaire, institutionnel, « objectif »²⁷⁴, « social »²⁷⁵ ; il est *religion* et ses rapports avec le droit relèvent du droit public. De l'autre, il est individuel²⁷⁶, in-

²⁶⁹ Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12, § 9 (nous soulignons), *JCP A*, n° 2, 16 janv. 2017, act. 53 ; *D.* 2017. 111 ; *JCP G*, n° 5, 30 janv. 2017, p. 117, zoom G. GONZALEZ, *RJPF* 2017, n° 4, p. 19, comm. J. COUARD, *Dr. fam.*, 2017, p. 33, comm. C. DELMAS.

²⁷⁰ Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96, § 78 ; Cour EDH, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99, § 117 ; Cour EDH, *Serif c. Grèce*, 14 déc. 1999, req. n° 38178/97, § 52.

²⁷¹ J. COUARD, « Le burkini, instrument du vivre ensemble... en Suisse ! », *RJPF*, 2017, n° 4, p. 19. L'auteur suggère néanmoins qu'une telle appréciation de la conformité de la croyance au dogme institutionnel ne serait pas inconcevable, et, au contraire, qu'elle permettrait à la jurisprudence européenne sous l'article 9 de gagner en cohérence en précisant le champ d'application de cet article. Elle pourrait ainsi constituer un « motif éventuel d'établissement de la non-ingérence de l'État dans la liberté de religion ».

²⁷² Le syncrétisme religieux n'est pas un phénomène nouveau. Néanmoins, l'apport du postmodernisme réside dans l'amplification et dans l'appropriation individuelle de ce phénomène.

²⁷³ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 302.

²⁷⁴ J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, 21 éd., Dalloz, 2015, p. 467 (voir p. 463, n° 562).

²⁷⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2 éd., Editions de Boccard, 1925, t. V, p. 455.

²⁷⁶ *Ibid.*

time, « subjectif »²⁷⁷ ; il est *conviction religieuse* et relève du droit privé (ainsi que du droit des droits de l'homme, que nous classerons, par souci de clarté, dans la branche du droit privé). En ce sens, la conviction religieuse peut être amenée, comme c'est le cas au Québec, à se désolidariser entièrement de toute référence religieuse communautaire. Ce constat implique toutefois d'accepter que la religion ne constitue pas un phénomène monolithe, qui ne relèverait que d'une matière juridique ; il implique de comprendre que le phénomène religieux est transcendant, multiple, et qu'il puisse en conséquence relever de différents domaines juridiques.

46. En se diffusant au-delà des carcans traditionnels que la loi de 1905 avait encadrés, la religiosité se propage dans des champs juridiques inédits et pour lesquels le droit ne s'était pas nécessairement préparé. Il résulte de l'individualisation de la religion une certaine forme de méfiance : le phénomène se montre en certains points quelque peu inquiétant (**Section 2**).

*

*

*

²⁷⁷ J. ROBERT, *op. cit.*, p. 463, n° 562.

SECTION 2 – UN PHENOMENE INQUIETANT

« L'enfer, c'est les autres »²⁷⁸.

47. Retombées. L'émergence d'un concept de « convictions religieuses » comme élément individualiste de l'appartenance religieuse ravive le débat autour de l'appréhension de l'altérité. La réaction est double : socialement, elle s'insère au sein d'un conflit de cultures et relance les craintes du développement d'un communautarisme religieux (**I**) ; juridiquement, elle se manifeste par la polarisation de la laïcité (**II**).

I. LA REACTION SOCIALE : PEUR DU COMMUNAUTARISME ET CONFLITS DE CULTURES

48. Parce qu'elles s'attachent à l'individu et qu'elles émanent de sa propre conscience, les convictions religieuses se présentent comme un facteur d'individualisation du « conflit de cultures » (**A**), lequel semble pouvoir se comprendre de plus en plus comme la rencontre d'individualités imprégnées d'identités culturelles diverses. Dans le même temps, cette individualisation est porteuse d'une crainte : celle de faire des convictions religieuses un vecteur individualiste de communautarisme religieux (**B**).

A. Les convictions religieuses : facteur d'individualisation du « conflit de cultures »

« Le poids des cultures va au-delà du rationnel »²⁷⁹.

49. Prémisses : la culture. Riche en significations, la notion de « culture » est complexe et évolutive²⁸⁰. Le mot « culture » renvoie primitivement aux rapports de l'homme avec la nature. Au sens figuré, le terme a acquis – depuis CICERON – un contenu métaphorique désignant l'exercice individuel de développement des connaissances et des facultés de l'esprit²⁸¹. La *cultura animi* décrit à la fois un processus, un « effort personnel et méthodique par lequel une personne tend à accroître ses connaissances et à donner leur meilleur emploi à ses facultés », et son résul-

²⁷⁸ J.-P. SARTRE, *Huis clos*, Gallimard, 1947.

²⁷⁹ Hawa, jeune fille excisée en Guinée à sept ou huit ans, citée par la journaliste D. DUCHEMIN, « Vacances au pays, destination excision », *Slate* (25 févr. 2018), en ligne : <<http://www.slate.fr/story/157351/excision-au-pays-vacances-filles-mutilation-sexuelle>>.

²⁸⁰ M. WIEVIORKA, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005, p. 18.

²⁸¹ H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 271s.

tat : l'« ensemble des connaissances qu'on a acquises dans un ou plusieurs domaines »²⁸². Aussi, la culture désigne-t-elle « le mode de relation de l'homme avec les choses du monde »²⁸³. Elle acquiert alors une portée incroyablement multiple : la culture touche les rapports de l'homme à la nature tout comme les arts, la littérature, la poésie, la philosophie, auxquels nous pourrions ajouter les sciences ou l'histoire. Parce qu'elle bâtit des mécanismes intellectuels, elle est nécessaire à la construction de l'individu. Le mot ne s'épuise pourtant pas dans ces deux significations. Le terme s'envisage également de façon plus collective et désigne alors un ensemble d'acquis, de mœurs, de lois, d'institutions, de coutumes, de traditions, de modes de pensée et de vie, de comportements et usages, de rites, de mythes et de croyances qui « constituent le patrimoine collectif et la personnalité d'un pays, d'un peuple ou d'un groupe de peuples, d'une nation »²⁸⁴. Dans sa dimension collective, la culture correspond ainsi à l'« ensemble des valeurs, des références intellectuelles et artistiques communes à un groupe donné », autrement dit à l'« état de civilisation d'un groupe humain »²⁸⁵. Elle commande « la manière de penser, d'agir, de sentir d'une communauté de personnes »²⁸⁶. À l'échelle de la communauté nationale, elle est porteuse de valeurs, de traditions et d'histoire communes ; elle sert de « ciment » aux différentes composantes de la nation²⁸⁷. Instrument de cohésion sociale, elle est donc aussi indispensable à la collectivité.

50. Positionnement du problème : le conflit de cultures. Avec la globalisation des échanges, la rencontre des différentes cultures s'est nécessairement accentuée. Le droit international privé s'est donc imposé comme une discipline majeure du traitement juridique de l'altérité culturelle²⁸⁸. Par le prisme des systèmes juridiques nationaux, le droit international privé organise en effet la rencontre des cultures et ses conséquences sur les particuliers. Mais de « la rencontre » le vocabulaire a rapidement pris des airs de « conflit ». Dans un article et un ouvrage remarquables, Samuel P. HUNTINGTON évoque un « choc des civilisations » qu'il décrit comme la prochaine grande cause de « division de l'humanité » et la « dernière phase de l'évolution des conflits dans le

²⁸² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « culture ».

²⁸³ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 273.

²⁸⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v. « culture ». V. également C. LÉVI-STRAUSS, « Introduction à l'oeuvre de M. Mauss », in *Sociologie et anthropologie*, sous la dir. de M. MAUSS, PUF, 1966 ; E. B. TYLOR, *Primitive Culture: Researches Into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, 1^{ère} éd., éd. John Murray, 1871. Pour un retour sur la notion de culture en anthropologie, v. P. PERRINEAU, « Sur la notion de culture en anthropologie », *Revue française de science politique*, 1975, 25-5, p. 946.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de culture*, Académie de Droit international de La Haye, 2013, p. 25, n° 12.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 28, n° 15.

²⁸⁸ Ce qui ne signifie pas que le droit international privé est né avec la mondialisation. Dans la tradition occidentale, la matière à proprement parler aurait en effet été forgée au XIX^e siècle (B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^e éd., Economica, 2006, p. 1) bien que ses origines remontent à l'Antiquité.

monde moderne »²⁸⁹. « Controversée, inappropriée et inexacte »²⁹⁰, l'expression « conflit de culture » (ou de « civilisations ») était pourtant déjà répandue chez les internationalistes²⁹¹. Le terme est même entré dans le vocabulaire juridique en dépit des crispations qu'il a suscité en sociologie et désignerait, selon Léna GANNAGE, les relations entre ordres juridiques relevant d'identités culturelles diverses. Parce qu'il tâche de faire « *vivre ensemble* » des systèmes juridiques différents²⁹², le droit international privé, « archétype de coordination des systèmes juridiques »²⁹³, illustre bien la résolution juridique d'un conflit de cultures sans toutefois en détenir le monopole ; plus indirectement, moins expressément, tel est également le cas, par exemple, du droit de la famille²⁹⁴. Le droit pénal fournit lui aussi son lot d'illustrations jurisprudentielles des frictions générées par la rencontre des cultures²⁹⁵, dont les plus récents concernent principalement l'islam, ce qui conforte à certains égards la thèse de Samuel P. HUNTINGTON²⁹⁶. Aussi, par exemple, la Cour d'appel de Paris concluait-elle en 1997 à la caractérisation du délit de provocation à la haine raciale dans le cas d'un article de presse qui dénonçait les conditions d'abattage rituel de moutons à l'occasion de la fête musulmane de l'Aïd-el-Kébir. Tout en considérant admissible le fait de montrer le « caractère atroce et contraire aux normes sanitaires » de cette pratique, acceptant d'ailleurs de l'imputer « à la communauté musulmane », la Cour d'appel estima le délit caractérisé dès lors que « l'article en question comport[ait] également des références à une nouvelle invasion présentée comme une

²⁸⁹ S. P. HUNTINGTON, « Le choc des civilisations ? », *Commentaire*, 1994/2, n° 66, p. 238 et S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, Éditions Odile Jacob, 1997. Pour le politologue, « civilisation et culture se réfèrent à la manière de vivre en général. Une civilisation est une culture au sens large » (p. 38). D'autres auteurs refusent de voir dans la différence culturelle une logique de frontières séparant des ensembles disjoints : « si la différence culturelle est devenue si préoccupante, c'est pour une raison strictement opposée : c'est parce qu'elle est fondatrice de tensions, de conflits, de violences et d'antagonismes qui mobilisent toutes sortes d'acteurs au cœur de nos sociétés et qui questionnent notre capacité à vivre ensemble » (M. WIEVIORKA, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005, p. 19).

²⁹⁰ L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 20, n° 8.

²⁹¹ Cf. par ex. P. MERCIER, *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, 1972.

²⁹² H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, p. 16, n° 5, (parution initiale : 1956).

²⁹³ C. KESSEDJIAN, « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la dir. de B. BONNET, LGDJ, 2016, p. 1183.

²⁹⁴ V. par ex. C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III].

²⁹⁵ La question du conflit de cultures fait l'objet d'un certain nombre d'études en criminologie et en sociologie criminelle qui s'attachent notamment à l'évaluation de son rôle dans la genèse de la criminalité. Néanmoins, la question est quasiment absente des débats doctrinaux français alors qu'elle a fait l'objet de nombreux écrits dans la doctrine de *common law* (v. en ce sens, R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique culturelle*, 2014/1, n° 36, p. 9). Sur les conflits de culture en criminologie, v. T. SELLIN, « Culture, Conflict and Crime. », *American Journal of Sociology*, 1938, n° 1, Vol. 44, p. 97 ; R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, 7 éd., Dalloz, 2011, p. 208, n° 248 ; P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013 ; F. BRION et F. TULKENS, « Conflit de culture et délinquance. Interroger l'évidence », *Déviance et société*, 1998, n° 3, vol. 22, p. 235. Sur la théorie des sous-cultures, qui en dérive, cf. A.K. COHEN, *Delinquent boys (the culture of the gang)*, The free press, 1955 ; A.K. COHEN et J.-H. SHORTZ, « Research in delinquent subcultures », *Journal of social issues*, 1968, p. 20 ; D.M. DOWNES, *The delinquent solution*, Routledge and Kegan, 1966.

²⁹⁶ L'auteur considère en effet que c'est l'opposition entre l'Occident et plusieurs États « islamo-confucéens » qui constituera la principale source de conflits dans « l'avenir immédiat ». Il fait d'ailleurs le constat suivant : « Le sang coule sur toutes les frontières de l'islam » ; cf. S. P. HUNTINGTON, « Le choc des civilisations ? », *op. cit.*, n° 66, p. 238.

menace ». En l'occurrence, elle releva qu'« en l'espèce, la présence de la communauté musulmane est assimilée à l'invasion allemande des deux guerres mondiales, et l'article litigieux comporte un appel implicite à un nouveau combat; de tels propos entraînent donc l'hostilité du lecteur à l'égard d'une communauté religieuse et dépassent la simple critique, dans la mesure où ils constituent une exhortation claire au rejet et à la haine »²⁹⁷. L'article incriminé est révélateur du climat social ambiant ; toile de fond sur laquelle les magistrats statuent²⁹⁸. Au demeurant, le « conflit de cultures » se présente surtout comme la rencontre de systèmes culturels *communautaires*. Dans l'arrêt susmentionné, c'est la « communauté musulmane » qui est visée ; en droit international privé, ce sont des espaces normatifs nationaux qui sont articulés et « la coordination d'ordres juridiques relevant de cultures différentes » qui est organisée²⁹⁹. La question du conflit de cultures se pose avec acuité selon une perspective qui dépasse les individualités. Sa régulation appelle donc *a priori* un certain degré de généralité. Dans le cas des différends interculturels, « deux représentations singulières du monde et de l'humain s'opposent ainsi et il revient à la loi, elle-même fruit d'une de ces deux cultures, de les hiérarchiser »³⁰⁰.

51. L'individualisation du conflit de cultures par les convictions religieuses. Le constat selon lequel « les différences culturelles opèrent *dans* nos sociétés et non pas seulement *entre* les sociétés »³⁰¹ conduit nécessairement à aborder la question de l'aspect individuel d'un conflit de cultures que l'on pourrait n'avoir pensé qu'en termes communautaires. Parce qu'elles s'entendent comme une individualisation de la religion, les convictions religieuses constituent par extension une forme d'individualisation de la culture³⁰². L'émergence d'une telle notion conduit donc à aller

²⁹⁷ CA Paris, 9 oct. 1997, *JCP G* 1998.IV.1565.

²⁹⁸ Officiellement, l'expression « choc des civilisations » n'est toutefois pas admise comme telle et n'entre pas en ligne de compte dans le raisonnement des juges. V. à propos d'un frère ayant passé à tabac sa sœur mineure, CA Rennes, 27 mai 2009, n° 09/00908 : « Considérant que pour rester dans les limites du sens commun comme dans le cadre de la lecture rationnelle de la procédure, il n'y a ni ici “choc de civilisation”, ni “conflit de cultures”, ce qui n'atténuerait d'ailleurs en rien la responsabilité pénale étant rappelé que M. Ben M. est né en 1985 à Nantes, Loire-Atlantique et que sa famille est originaire d'un pays, la Tunisie, qui pratique depuis cinquante ans une politique déterminée d'égalité civique et d'émancipation de la femme, mais des faits de violences graves et répétés, sur des femmes, dans le cadre d'une délinquance qui devient clairement répétitive (neuf condamnations depuis 2003) et de plus en plus préoccupante, puisque qu'après avoir couvert l'éventail des délits contre les biens (du vol à l'escroquerie en passant par le recel), M. Ben M. en est venu aux atteintes graves contre l'intégrité corporelle des personnes ».

²⁹⁹ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de culture*, Académie de Droit international de La Haye, 2013, p. 33, n° 19. Ainsi que le souligne l'auteure, le droit international privé « est en effet confronté aux identités individuelles des personnes privées impliquées dans les relations internationales et ne peut ignorer les identités collectives en vigueur dans le pays du for ou dans le pays d'origine des intéressés ».

³⁰⁰ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un “vivre ensemble” : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75.

³⁰¹ M. WIEVIORKA, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005, p. 22.

³⁰² Étant entendu que la religion est en général considérée comme un élément de la culture ; cf. par ex. l'art. 2 de la Déclaration de Fribourg sur les droits culturels (2007) qui se lit ainsi : « Le terme culture recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement ». De surcroît, les frontières de la religion et de la culture sont poreuses, voire indéterminables : certains rites

plus loin et à aborder la question du conflit de cultures présent *dans* chaque conscience individuelle. Lorsqu'un individu est immergé dans un environnement culturel nouveau, ce dernier s'entrechoque ou s'interpénètre moins avec l'environnement culturel source de la personne qu'avec son vécu, ses connaissances, son histoire personnelle, son interprétation personnelle de sa culture d'origine et une culture « fruit de la rencontre entre l'ailleurs et l'ici »³⁰³. Si l'individu est mobile, les systèmes culturels ne sont pas exportables *per se*³⁰⁴. Conséquence du phénomène d'*acculturation*³⁰⁵ – qui produit inexorablement des changements « dans les patrons culturels originaux de l'un ou des deux groupes »³⁰⁶ – ce sont donc moins des identités culturelles collectives que des identités culturelles individuelles qui sont brassées par les flux de personnes dans un monde globalisé³⁰⁷. Or par définition, la loi, générale et abstraite, ne peut pas se saisir de cette individualité. De surcroît, la loi elle-même « renvoie en réalité à une vision du monde, à des valeurs qui sont celles de la culture ou de la population majoritaire »³⁰⁸, même si cette dimension culturelle doit en principe avoir été occultée pour que la loi produise l'effet de généralisation escompté³⁰⁹. Aussi, le versant individuel du conflit de culture se dessine-t-il surtout en jurisprudence et concerne moins l'édiction de la loi que son application aux individus. Devant le juge judiciaire, hormis le contentieux de droit international privé qui se saisit des systèmes culturels sous l'angle des ordres juridiques nationaux, ce sont alors trois *systèmes culturels* qui se rencontrent : le système culturel du pays que la loi révèle en filigrane, le système de représentations culturelles individuel

religieux peuvent être transmis par tradition, perdre leur dimension culturelle tout en étant maintenus pour des raisons culturelles.

³⁰³ A. WYVEKENS, « La justice et la “diversité culturelle” “les yeux grand fermés” ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 123, spéc. p. 143.

³⁰⁴ Cf. N. ROULAND, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 4, spéc. p. 5 : l'auteur souligne le fait que l'individu est le principal vecteur de l'acculturation juridique. « En effet, ajoute-t-il, dans la pratique, ce ne sont pas des systèmes, mais des hommes qui se trouvent mis en contact, notamment dans le cadre des règlements des litiges ».

³⁰⁵ Selon une définition communément admise, le terme d'acculturation désigne « l'ensemble des phénomènes qui résultent du contact entre des individus appartenant à des cultures différentes », cf. J.-B. PHILIPPE et M. SIMONET, « Introduction », in *L'Étranger en France, face et au regard du droit*, sous la dir. de H. FULCHIRON, La Documentation française, 1999, p. 1 (voir p. 1, n° 3), (Mission de recherche Droit et justice). V. également N. ROULAND, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 4 : l'auteur expose que le terme, commun à plusieurs disciplines, peut se définir en droit comme « l'ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits et modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés ».

³⁰⁶ R. BASTIDE, *Anthropologie appliquée*, Stock, 1998, p. 47.

³⁰⁷ L'art. 2 de la Déclaration de Fribourg fait d'ailleurs la distinction entre *l'identité culturelle*, définie comme « l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité », et la *communauté culturelle*, qui s'entend d'un « groupe de personnes qui partagent des références constitutives d'une identité culturelle commune, qu'elles entendent préserver et développer ».

³⁰⁸ A. WYVEKENS, *op. cit.*, p. 123. V. également, N. MAC CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par J. GAGEY, PUF, 1996, p. 277 : « Le droit incorpore certaines valeurs, et ces valeurs se trouvent toujours typiquement exprimées dans les énonciations des principes du système juridique concerné ».

³⁰⁹ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un “vivre ensemble” : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *op. cit.*, p. 75. L'auteure illustre notamment cette assertion par l'exemple de la formulation de la loi de 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

du justiciable et le système de représentations culturelles individuel... du juge. Le conflit de cultures prend alors des airs de ménage à trois³¹⁰.

52. Le système de représentations culturelles individuel du juge, ou les facteurs d'influence de la décision judiciaire. De toutes les décisions de justice rendues en matière de religion ou de croyances il est difficile, si ce n'est impossible, de dégager une véritable cohérence. Pour Vincente FORTIER, cette absence de cohérence pourrait certes s'expliquer par le caractère particulier des faits de chaque cas soumis à l'appréciation des juges, mais tiendrait davantage – pour ce qui est du droit de la famille en particulier – « à la vision personnelle du juge à la fois sur l'éducation des enfants et la doctrine religieuse en cause »³¹¹. Cette vision personnelle est qualifiée par Hugues FULCHIRON de « convictions inconscientes » dont le juge est nécessairement imprégné eu égard à l'identité de son pays, de ses traditions, de son histoire et de la place de la religion au sein de celui-ci³¹². François OST, Benoît FRYDMAN et Pierre LEGRAND évoquent quant à eux un mécanisme de « précompréhension »³¹³, qui est aussi le produit de la culture juridique à laquelle le magistrat a accédé *via* ses études de droit et de sa « culture tout court »³¹⁴, c'est-à-dire de l'environnement culturel dans lequel il a baigné au préalable, en parallèle et postérieurement à ses études juridiques. Soulignons à cet égard que ces prédicats épistémologiques ne sont pas imperméables l'un envers l'autre ; bien au contraire, la communauté juridique est, « au premier chef, une communauté sociale, politique, historique et culturelle »³¹⁵ qui n'évolue pas en autarcie de l'environnement culturel qui l'entoure. Celui-ci exerce une influence sur les conceptions et sur la décision judiciaire qui pourrait être illustrée par l'exemple des mutilations génitales. Bien que le procès mette à l'écart la dimension culturelle du différend³¹⁶, le facteur culturel du juge constitue

³¹⁰ M. WIEVIORKA emploie l'expression de « triangle de la différence » pour illustrer cette image théorique de la différence construite autour de l'identité collective (un ensemble de références culturelles sur lesquelles « se fonde le sentiment d'appartenance à un groupe ou à une communauté »), l'individu moderne (la personne qui participe à la vie de la cité, qui concilie « dans leur expérience personnelle les valeurs universelles qu'exige la vie démocratique, le respect du droit et de la raison, et les valeurs propres au particularisme [par exemple culturel] dont ils se réclament ») et le sujet (c'est-à-dire une subjectivation volontaire de la différence) ; cf. M. WIEVIORKA, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005, p. 137s. (spéc. p. 138 et 141).

³¹¹ V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961 (voir p. 971).

³¹² H. FULCHIRON, « The Family Court Judge Taking Religious Convictions into Account: a French and European Perspective », *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2014, n° 5.

³¹³ P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779 ; F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, sous la dir. de M. VAN DER KERCHOVE, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3 éd., Bruylant, 2011, p. 650. Cette notion est évoquée par le philosophe allemand H.-G. GADAMER sous le terme de « *Vorverständnis* » (H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Method*, 4 éd., J. C. B. Mohr, 1975, p. 252).

³¹⁴ P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779 (voir p. 799).

³¹⁵ *Ibid.*, p. 796.

³¹⁶ Sous l'influence de Kelsen, la norme juridique est en effet délestée – tout du moins en apparence – de « tout élément étranger à son objet » ; autrement dit, la norme juridique doit se présenter comme neutre, libérée des influences sociales... pure. Cf. H. Kelsen, « La méthode et la notion fondamentale de théorie pure du droit », *Revue*

nécessairement un instrument d'interprétation. Sinon, comment expliquer qu'en France – comme dans la plupart des pays occidentaux – l'excision clitoridienne soit réprimée et la circoncision tolérée ? Tandis que l'une comme l'autre portent effectivement atteinte de façon irréversible à l'intégrité physique de la personne³¹⁷ (et pourraient toutes deux tomber dans le champ d'application de l'article 16-3 du Code Civil, voire être sanctionnées par l'article 222-9 du Code pénal³¹⁸), la circoncision des jeunes garçons bénéficie d'un brevet d'acceptabilité sociale s'expliquant par le fait qu'elle est pratiquée sur notre territoire de manière immémoriale, et que, partant, elle emprunte à « un fond idéologique traditionnel »³¹⁹ contrairement à l'excision des jeunes filles qui « puise dans des traditions, dans des rites qui, sur le plan culturel, nous sont totalement étrangers »³²⁰. Ce brevet d'acceptabilité rendrait juridiquement tolérables, au motif qu'ils

de métaphysique et de morale, 1934, n° 41 (2), p. 183 ; v. également le remarquable article de C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75.

³¹⁷ Nous n'entendons pas ici comparer les conséquences physiques de chacune de ces opérations mais nous en tenir au seul constat d'une atteinte à l'intégrité physique. On mentionnera toutefois que certains auteurs estiment que le fait de traiter différemment ces pratiques, et de les considérer comme incomparables pour des raisons symboliques ou tenant aux conséquences physiques de l'opération, constituait une généralité contradictoire avec le fait que, dans des cas similaires, le degré d'invasivité des interventions, ainsi que les motivations sous-jacentes, les causes profondes, les justifications et les significations symboliques qui y sont associées sont tantôt similaires, tantôt identiques, tantôt inversées (cf. B. D. EARP, J. HENDRY et M. THOMSON, « Reason and Paradox in Medical and Family Law : Shaping Children's Bodies », *Medical Law Review*, 2017, n° 4, Vol. 25, p. 604 : « *This is in tension, however, with the fact that both the degree of invasiveness of the interventions themselves, as well as the underlying motivations, root causes, rationales, and associated symbolic meanings are at times quite similar, the same, or even reversed, when comparing like cases* »). Aussi, la symbolique associée à l'excision féminine, celle d'une domination sexiste et patriarcale de la femme, serait selon certains auteurs une grossière et excessive simplification (L. WADE, « Learning from "Female Genital Mutilation" : Lessons from 30 Years of Academic Discourse », *Ethnicities*, 2012, 12(1), p. 26 ; A.L. OBIORA, « Bridges and Barricades : Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign against Female Circumcision », *Case Western Reserve Law Review*, 1997, 47, p. 275). D'aucuns ont d'ailleurs souligné les origines patriarcales de la circoncision masculine dans certaines sociétés (S.D. COHEN, *Why aren't Jewish Women Circumcised ? Gender & Covenant in Judaism*, University of California Press, 2005). En outre, la circoncision rituelle masculine génère aussi des problèmes psychologiques et sanitaires dans certains pays d'Afrique : le *Courrier International* rapporte que dans certaines communautés d'Afrique du Sud, en particulier les Xhosas, la circoncision rituelle pratiquée pour marquer le passage à l'âge adulte cause chaque année la mort d'une dizaine de jeunes hommes ou se solde par des amputations du pénis (cf. T. L. ANDREWS, « Afrique du Sud. Une greffe de pénis pour redevenir un homme », *Courrier International* (29 mars 2018), p. 34, , extrait d'un article publié dans le magazine indépendant *Undark*, Cambridge). Sur la tolérance juridique française à l'égard de la circoncision rituelle, v. V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *RDUS*, 2008, p. 386, spéc. p. 398.

³¹⁸ L'article, qui se situe dans chapitre du Code pénal portant sur les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, se lit ainsi : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

³¹⁹ P.-J. DELAGE, « Chapitre 4. Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? », *Journal International de Bioéthique*, 2015/3, vol. 26, p. 63, spéc. p. 73.

³²⁰ *Ibid.* D'aucuns ont d'ailleurs pu constater qu'il existait un décalage entre « l'image légale » de l'excision clitoridienne et « l'image psychologique » de celle-ci : « L'image légale est celle d'une mutilation pour amputer, pour nuire. (...) L'image psychologique est celle d'une circoncision bénéfique. Le terme de circoncision est, en effet, "moralement" plus juste, celui que les Africains (et les Maliens) utilisent. A l'instar de la circoncision masculine, ils parlent de circoncision féminine, ils n'utilisent jamais le terme de mutilation. L'utilisation de ce terme mutilation, qui comporte une connotation péjorative, est notre fait. Si l'image légale est donc celle d'une mutilation (puisque l'image légale est celle de notre culture), l'image psychologique est celle d'une circoncision. A l'appauvrissement, la perte, l'amputation de l'image légale, répond l'enrichissement, l'embellissement de l'image psychologique. L'excision n'est-elle pas appelée "la coupure qui sauve" ? » (G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 1990/20, p. 201, spéc. p. 204).

sont socialement acceptés dans la société, des comportements objectivement punissables au titre des violences volontaires ayant entraîné une mutilation³²¹. Entre circoncision et excision, tout se passe comme si « la question n'est pas tant de savoir s'il y a objectivement mutilation que de déterminer si l'acte est socialement perçu comme tel »³²². Il en résulterait une forme d'exception culturelle inversée³²³ favorable à la culture majoritaire, exception demeurant essentiellement inconsciente et, par conséquent, implicite. « La qualification apparaît [alors] comme l'habillage juridique des valeurs sociales »³²⁴.

53. Il convient au surplus d'ajouter un troisième facteur à l'origine des précompréhensions du magistrat : son vécu personnel. Selon la thèse de HUME, reprise par MAC CORMICK, « notre faculté de raisonnement ne peut s'exercer que sur la base de prémisses données » qui sont elles-mêmes en étroite corrélation avec « les formes changeantes de la vie économique et sociale »³²⁵ environnante. Ces prémisses expliqueraient les divergences fondamentales d'ordre moral qui pourraient exister entre deux individus, quand bien même l'un comme l'autre serait parfaitement honnête et raisonnable. Autrement dit, il n'est pas de raisonnement objectif : « L'objectivité cognitive est une chimère »³²⁶. La théorie de HUME appuie ainsi le constat de Théodore IVAINER selon lequel :

³²¹ V. tout particulièrement le jugement du tribunal de Cologne du 7 mai 2012 (Tribunal de grande instance (Landgericht), Köln, 7 mai 2012, Wa. 151 Ns 169/11) dans lequel les magistrats estimèrent que la circoncision d'un enfant pour motifs religieux était constitutive d'une blessure corporelle passible de condamnation pénale ; sur ce point, cf. C. FERCOT, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDORF*, 13 juil. 2012) et les références citées. En France, la circoncision fait l'objet d'une remarquable tolérance jurisprudentielle. Sur ce point, v. R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, p. 2044 ; C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique culturelle*, 2014/1, n° 36, p. 23. Récemment, un projet de loi visant à punir de six ans d'emprisonnement le fait d'ôter tout ou partie des organes sexuels de l'enfant, incluant par conséquent les circoncisions rituelles, a été déposé devant le Parlement islandais (<http://www.althingi.is/altext/148/s/0183.html>). En 2005, l'État islandais avait déjà voté une loi punissant les mutilations génitales féminines. Dans certains pays nordiques (Suède, Danemark, Finlande), la circoncision rituelle des garçons a fait l'objet de débats et d'initiatives législatives (v. sur ce point J. SCHIRATZKI, « Banning God's Law in the name of the Holy Body - The Nordic Position on Ritual Male Circumcision », *The Family in Law*, 2011, Vol. 5, p. 35, en ligne : <<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:549517/FULLTEXT01.pdf>>).

³²² C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *op. cit.*, p. 83. V. sur la question de l'émancipation de la décision des valeurs sociales, et sur les rapports entre ce qui est accepté par la société et ce qui est conforme au droit, le jugement du tribunal de Cologne et le commentaire de C. FERCOT précités.

³²³ La théorie de l'exception culturelle est développée en droit pénal pour justifier la prise en compte de particularités culturelles constitutives d'une cause d'atténuation ou d'exclusion de la responsabilité pénale. « Autrement dit, un comportement infractionnel peut être excusé et la responsabilité pénale neutralisée ou atténuée en raison de l'appartenance de l'auteur à un groupe dont les codes, les usages, la culture sont différents de ceux de la majorité et en raison de l'influence de ces traditions dans la réalisation de l'acte. En somme, l'application d'un texte d'incrimination est bloquée par la norme d'une culture minoritaire » (R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique culturelle*, 2014/1, n° 36, p. 9, spéc. p. 18). Certains auteurs parlent plutôt de « défense culturelle », v. A. WYVEKENS, « La justice et la "diversité culturelle" "les yeux grand fermés" ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 123, spéc. p. 129 et les références citées.

³²⁴ C. LE BRIS, *op. cit.*, p. 81.

³²⁵ N. MAC CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par J. GAGEY, PUF, 1996, p. 2 et p. 5 ; cf. D. HUME, *Traité de la nature humaine. L'entendement*, 1739.

³²⁶ P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779 (voir p. 809).

« [...] placés devant les mêmes faits [...] et le même système de valeurs sous-tendant la même culture, deux juges ne retiendront pas nécessairement comme pertinents les mêmes traits ; à partir de ces différences d'appréciations, on discernera leur appartenance à deux types de caractères différenciés, qui les conduiront à des décisions antinomiques »³²⁷.

Ce constat et cette théorie cognitive sont à prendre comme des éléments incompressibles plutôt que comme des « risques » de l'interprétation. L'existence de préjugés inconscients est, de toute évidence, inhérente à la nature humaine. Par conséquent, la *conscience* du juge constitue elle-aussi un élément de la rencontre des cultures³²⁸. Il faut alors accepter que s'il doit se garder de juger en fonction de préjugés, la rhétorique du jugement puisse servir de masque à des motivations cachées fondées sur des considérations extra-juridiques plus ou moins conscientes telles que l'empathie, l'équité, l'émotion, l'opinion politique, la culture, la religion, ou la personnalité du juge par exemple³²⁹. Nous pouvons ainsi souligner, avec Pascale DEUMIER, que :

« [...] les motifs ne sont que le produit rhabillé de raisons très variées, de discussions pesées, de choix qui dépassent non seulement le strict syllogisme mais aussi le strict litige et encore le strict juridisme »³³⁰.

À l'inverse, un magistrat conscient de ce phénomène de précompréhension pourra adopter une démarche non pas d'indulgence, mais de compréhension de la divergence culturelle pouvant exister entre lui et le justiciable. Ainsi, certains magistrats expliquent-ils s'intéresser à la dimension culturelle d'une situation soumise à leur examen davantage pour l'éclairer que, dans le cas d'un procès pénal notamment, pour excuser l'acte qui en est issu³³¹. La divergence culturelle ne doit

³²⁷ T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, LGDJ, 1988, p. 313, n° 400.

³²⁸ Cf. J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Présentation », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 7. Les auteurs y définissent la conscience : « C'est d'abord un savoir partagé avec d'autres, *cum/scientia*, une "science en commun" ; c'est aussi, paradoxalement, une connaissance privée, une science intérieure que le sujet porte en lui et qui peut différer de l'information communiquée ou imposée de l'extérieur ; et c'est enfin, au sens de la philosophie morale, le tribunal secret où chacun, dans un dialogue singulier avec Dieu ou avec lui-même, délibère sur ses actes ». Sur la conscience du juge, v. aussi F. DREYFUS-NETTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 313 ; J.-M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 331.

³²⁹ Pour C. PERELMAN, ces éléments extra-juridiques, qu'il appelle les « mobiles des motifs » ne sont « pas nécessairement honteux : ils peuvent être fondés sur un sens aigu de l'équité, que l'école de l'exégèse, par exemple, ne considèrerait pas comme ayant un rôle à jouer dans la motivation. Aujourd'hui, par contre, on n'hésiterait pas à faire état, dans la motivation, de l'équité, à condition de pouvoir lui trouver un fondement juridique satisfaisant » (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2 éd., Dalloz, 1979, p. 156 ; v. aussi p. 163).

³³⁰ P. DEUMIER, « Les "motifs des motifs" des arrêts de la Cour de cassation - Étude des travaux préparatoires », in *Mélanges J.-F. BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 125.

³³¹ Cf. le témoignage d'une magistrate citée par A. WYVEKENS, « La justice et la "diversité culturelle" "les yeux grand fermés" ? », *op. cit.*, spéc. p. 137 dont nous reprenons la présentation de l'affaire faite par la magistrate : « ... il a pris 30 ans. Il a arraché les yeux de sa femme. Drame de la séparation. Elle voulait le quitter, il lui arrache les yeux. Là, j'ai tenté, à la demande des avocats, j'ai réordonné une nouvelle expertise psy, en demandant aux deux psys, le psychologue et le psychiatre, de se rapprocher tous les deux et d'essayer de me dire si dans cette histoire-là il pouvait y avoir quelque chose de... de culturel ».

pas être un facteur d'incompréhensions mais un vecteur de bienveillance et d'intellection. À la suite d'Alison DUNDES RENTELN, nous considérons qu'une fois admis que la culture influence les perceptions et les actions, il est nécessaire de prendre en compte les différences culturelles dans les procédures judiciaires en tant que *facteur d'individualisation* parmi d'autres³³² et donc d'en faire un vecteur d'une plus grande humanisation du procès.

54. En somme, l'individualisation de la religion incarnée par le concept de « convictions religieuses » s'inscrit dans un mouvement épistémologique plus général d'individualisation du conflit de cultures et d'ouverture à une forme de « sensibilité multiculturaliste »³³³. L'appréhension de la diversité culturelle dans une espèce donnée doit alors s'imaginer comme la rencontre de subjectivités multiples : celle du *système culturel national* incarné dans la loi et qui englobe son histoire, ses rapports aux religions, sa tradition juridique, ses valeurs ; celle de *l'individu*, laquelle comprend les références à son système culturel national « d'origine » et son système culturel individuel composé à la fois des références à son vécu personnel et des conceptions subséquentes à son acculturation dans le pays d'accueil ; et celle *du juge* au sein de laquelle transparaissent des éléments de sa culture nationale, de sa culture juridique et de son vécu personnel.

Néanmoins, l'émergence d'une telle notion est tout à fait de nature à susciter des craintes quant à ses effets : les convictions religieuses ne pourraient-elles pas se faire le vecteur d'un communautarisme religieux plus ou moins dissimulé (**B**) ?

B. Les convictions religieuses : vecteur individualiste du communautarisme religieux ?

« Il y a quelque chose de désespérant dans les débats sur la diversité culturelle : le choc des abstractions, signalées par les termes en “isme” [...] »³³⁴.

55. Pluralisme, multiculturalisme, communautarisme... Pour résoudre les problèmes liés à la rencontre des cultures dans un monde globalisé, les thèses défendant la prise en compte d'un droit à la différence au nom de la préservation du pluralisme se sont multipliées. Car le décloisonnement du monde issu de la mondialisation s'est accompagné d'un « formidable recloisonne-

³³² A. DUNDES RENTELN, « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, n° 1, vol. 20, p. 47.

³³³ Selon l'expression de D. LAMBELET COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberal's Dilemma », *Columbia Law Review*, 1996, n° 5, Vol. 96, p. 1093 citée par A. WYVEKENS, « La justice et la “diversité culturelle” “les yeux grand fermés” ? », *op. cit.*, p. 133.

³³⁴ F. OST, « La diversité culturelle : oser la pensée conjonctive », in *Le droit et la diversité culturelle*, sous la dir. de J. RINGELHEIM, Bruylant, 2011, p. XI.

ment »³³⁵ : celui des identités, celui des communautés et des cultures que la globalisation menacerait de noyer. Cette tendance à la promotion des identités culturelles s’insère dans un *paradigme de la différence*³³⁶ classiquement illustré par le modèle canadien : au Canada, plusieurs systèmes culturels minoritaires – telles que les coutumes autochtones et la tradition civiliste au Québec – ont survécu aux échanges de population. De nombreux systèmes normatifs coexistent sur un même territoire et s’articulent dans le cadre d’un *multiculturalisme libéral* qui reconnaît la valeur du pluralisme culturel et soutient les choix des individus de maintenir certains aspects d’une identité culturelle, tout en rejetant les tentatives d’un ostracisme fondé sur l’identité. Cette caractéristique, qui se démarque d’un multiculturalisme radical, est le fruit d’une politique lancée dans les années 1970. Un certain nombre d’auteurs, parmi lesquels Charles TAYLOR, dénonçait un libéralisme rejetant, sous couvert d’universalité, la reconnaissance de l’expression par certains groupes de leur identité culturelle et plaidait pour la mise en œuvre d’une *politique de reconnaissance*³³⁷ visant à reconnaître et à favoriser la différence dans un contexte interculturel. La promotion de l’identité culturelle passe ainsi au Canada par la valorisation, affirmée à l’article 27 de la Charte Canadienne des droits et libertés, « du patrimoine multiculturel des Canadiens ». En ce sens, la Cour Suprême du Canada a jugé que le multiculturalisme devait se comprendre comme un instrument d’intégration et que la différence culturelle ne devait pas être envisagée comme une hégémonie :

« le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l’affirmation d’un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu’il serait illusoire d’encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l’intégrité évolutive du multiculturalisme et de l’assurance du public quant à son importance »³³⁸.

Or, avec la promotion des identités culturelles émerge un problème lié à la mise en œuvre juridique de la garantie du pluralisme. Si la solution classiquement proposée par le droit est celle du pluralisme juridique³³⁹, celle-ci semble totalement incompatible avec le système juridique français.

³³⁵ O. ABEL, « Laïcité, sécularité, urbanité », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 27 (voir p. 59).

³³⁶ L’expression « paradigme de la différence » est empruntée à B. ANCEL, « L’état civil saisi par le religieux : la consécration juridique de l’intime ? », *JCP G*, 2015, n° 21, p. 966.

³³⁷ C. TAYLOR, *Multiculturalisme - Différence et démocratie*, Éditions Aubier, 1992.

³³⁸ *Braker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 SCR 607, § 2 (nous soulignons).

³³⁹ V. en ce sens, C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d’un “vivre ensemble” : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75 (voir p. 89). L’auteure se réfère à M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté : essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, 1995, p. 342.

Ainsi que le souligne Mireille DELMAS-MARTY, « le droit a horreur du pluriel »³⁴⁰. Il suffit pour s'en rappeler de relire l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 (« La France est une République [...] indivisible ») ou les décisions du Conseil constitutionnel réaffirmant l'inconstitutionnalité des droits collectifs³⁴¹. En France, la reconnaissance des droits de groupe est difficilement imaginable. Il n'est en effet pas question sur notre territoire que le droit ne soit pas appliqué de façon uniforme : la Loi est la même pour tous. C'est pourquoi en France, c'est un système assimilationniste, *i.e.* d'effacement des différences, qui s'est imposé. L'affirmation des identités culturelles y est perçue comme une institutionnalisation des différences selon un critère communautaire de nature à constituer le « nid d'inégalités et [de] conduire à une remise en cause des droits de l'homme »³⁴². Tandis qu'aux États-Unis la communauté est valorisée comme un lieu où les individus puisent leur force, elle n'existe en France que « sous les traits repoussants du *communautarisme* »³⁴³. Cette doctrine politique issue d'une réflexion sur le libéralisme initiée dans les années 1970 par les écrits de RAWLS³⁴⁴, exprime la volonté d'attribuer des droits particuliers à des groupes reconnus sur la base de critères socioculturels. Mais en France, il est décrit comme le rattachement excessif à une communauté, comme « la forme négativement connotée » de celle-ci³⁴⁵, comme une véritable menace à la cohésion sociale³⁴⁶ et contraire à la Constitution³⁴⁷.

Se surajoute un amalgame récurrent entre multiculturalisme et communautarisme ; le premier étant perçu comme générateur du second et comme autorisant, voire encourageant, le séparatisme identitaire³⁴⁸. Cette confusion pourrait s'expliquer par le fait que la construction des politiques multiculturalistes a été le fruit de la controverse opposant les penseurs de philosophie

³⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de C.-A. MORLAND, Bruylant, 2001, p. 64.

³⁴¹ CC, déc. n° 2004-505 D.C. du 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 17.

³⁴² C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *op. cit.*, spéc. p. 90.

³⁴³ A. WYVEKENS, « La justice et la "diversité culturelle" "les yeux grand fermés" ? », *op. cit.*, p. 123.

³⁴⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, HUP, 1971.

³⁴⁵ F. GÉA, « Communautarisme (religieux) et droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 661. L'auteur y donne sa vision de la signification donnée au concept de « communautarisme » : « Une signification : ce mot (concept ?) désigne - ou stigmatise - des actes, des attitudes, des aspirations par lesquels un groupe tend à se différencier et à affirmer son identité (on y revient...), le cas échéant en revendiquant une certaine autonomie. Négativement connoté, il se voit, par là même, assignée une fonction discursive : une fonction de délégitimation du groupe désigné, en l'occurrence. Et ce en raison de la prétention normative que véhicule(ra)it la revendication identitaire imputée à la communauté visée... C'est dire que le mot, non seulement est chargé, mais qu'il constitue bien souvent aussi une charge. La difficulté tient à ce que, souvent, son usage est (délibérément) tourné vers une religion : l'islam... ».

³⁴⁶ V. LASSERRE, « Droit et religion », *D.*, 2012, p. 1072.

³⁴⁷ Cf. G. CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits de l'homme », in *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme*, Colloque Amman, 2 févr. 2013, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2013/le-conseil-constitutionnel-et-la-protection-des-droits-de-l-homme.147432.html>>.

³⁴⁸ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The State management of legal and cultural diversity in Canada », in *Cultural Diversity and the Law. The response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, M.-C. FOBLETS, J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN *et alii* (Bruxelles, sept. 2006), p. 195, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2010, spéc. p. 223.

politique dits libéraux – tels que RAWLS – et *communautariens* – tels que Charles TAYLOR³⁴⁹. Aussi, le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni – trois modèles de multiculturalisme – ont-ils pu être présentés comme étant confrontés à des surenchères communautaristes³⁵⁰. Au Canada, le débat avait porté au début des années 2000 sur deux controverses en matière de liberté de religion : la proposition de créer une cour arbitrale en Ontario appliquant la *Shari'a*³⁵¹, et la crise des accommodements raisonnables dans la province du Québec³⁵². S'est ainsi développée l'idée selon laquelle l'institutionnalisation du pluralisme, qui peut passer par une politique multiculturaliste, génère du communautarisme. Autrement dit, le communautarisme apparaîtrait quand le pluralisme, la tolérance et l'ouverture d'esprit vont trop loin. La perception française du droit canadien comme modèle de pluralisme, « par sa valorisation des identités, sa critique du républicanisme, sa construction d'un ordre juridique pluraliste et son pluralisme scientifique » a conduit à la « reconstruction parallèle d'un antimodèle français »³⁵³. Le regard français construirait alors quatre oppositions : « *positivisme c. pluralisme* (épistémologie), *universalisme c. différentialisme* (ontologie), *républicanisme c. multiculturalisme* (axiologie), et, alors, *antimodèle français c. modèle canadien* de pluralisme et d'inclusion des identités »³⁵⁴.

56. La légitimation larvée du communautarisme par les convictions religieuses. Les normes religieuses apparaissent comme intimement connectées aux principaux vecteurs de revendications culturelles, et la religion s'apparente à une source de normativité voire à un lieu alternatif de légitimité politico-légale. Il en résulte que plus que n'importe quelle autre norme non-étatique, la religion défierait le monopole juridique de l'État³⁵⁵. On comprend ainsi dans quelle mesure le développement d'un instrument juridique destiné à promouvoir une norme religieuse, quand bien même elle serait individuelle ou détachée juridiquement de tout fondement commu-

³⁴⁹ Pour une présentation de cette controverse, v. M. DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, La Découverte, 2011, p. 29s.

³⁵⁰ A. GERIN et E. RAOULT, *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Assemblée nationale, 26 janv. 2010, p. 81, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>>.

³⁵¹ V. BADER, « Legal Pluralism and Differentiated Morality : Shari'a in Ontario ? », in *Legal Practice and Cultural Diversity*, sous la dir. de R. GRILLO, et al., Ashgate, 2009, p. 49 cité par N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 124.

³⁵² J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity : A tentative of sociology of Québec's 'reasonable accommodation debate' », in *Legal Practice and Cultural Diversity*, sous la dir. de R. GRILLO, et al., Ashgate, 2009, p. 151 ; J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, 2010 ; cités par N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 124.

³⁵³ N. BLANC, *op. cit.*, p. 15.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 17. Or, comme le relève l'auteur, « il est inexact, au mieux, dangereux, au pire, de dire que la République est rétive au pluralisme » (p. 16).

³⁵⁵ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The State management of legal and cultural diversity in Canada », in *Cultural Diversity and the Law. The response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, M.-C. FOBLETS, J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN et alii (Bruxelles, sept. 2006), p. 195, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2010, spéc. p. 202.

nautaire comme c'est le cas des convictions religieuses, puisse être de nature à générer des tensions et à raviver la crainte d'une dislocation de l'ordre juridique étatique. Les convictions religieuses pourraient alors passer pour un instrument de légitimation larvée d'un communautarisme culturel et/ou religieux sur le territoire français.

Cette question apparaît à plusieurs reprises dans le débat juridique français. En 2008 par exemple, elle aurait été sous-jacente à l'arrêt du Conseil d'État relatif à l'acquisition de la nationalité à raison du mariage par une épouse portant la burqa. En l'espèce, c'est par le biais de la condition d'assimilation prévue à l'article 21-4 du Code civil que l'opposition fut justifiée. Le Conseil d'État estimait que si l'intéressée possédait effectivement « une bonne maîtrise de la langue française », elle avait cependant « adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes »³⁵⁶. Bien que la jurisprudence du Conseil d'État considère classiquement que le port du foulard ne caractérise pas un défaut d'assimilation, ni de l'épouse³⁵⁷ ni de son mari³⁵⁸, c'est ici le port de la burqa, en ce qu'il symboliserait une pratique radicale de la religion incompatible avec la disparition des différences et la fusion dans la communauté d'accueil³⁵⁹, qui semble fonder la décision³⁶⁰. Aussi, le Conseil d'État avait-il conclu que l'opposition à l'acquisition de la nationalité française n'avait « ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté religieuse de l'intéressée ; [et] que, par suite, il ne méconnaît ni le principe constitutionnel de liberté d'expression religieuse, ni les stipulations de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». De même, à l'occasion des débats autour de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le port du voile intégral avait également été présenté comme le fruit d'un « processus de renfermement communautariste », voire comme « l'étendard d'un projet intégriste militant et prosélyte porté par la nébuleuse salafiste »³⁶¹. Le rapport GERIN explique à cet égard que :

« D'après les propos tenus par l'ensemble des spécialistes de l'islam entendus par la mission, le port du voile intégral est inspiré, dans un nombre non négligeable de cas, par l'influence exercée par des groupes d'inspiration salafiste,

³⁵⁶ CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n° 286798, *AJDA*. 2008. 2013, note P. CHRESTIA et 1997, étude H. ZEGHBIB ; *D.* 2009. 345, note C. VALLAR ; *RFDA* 2009. 145, chron. C. SANTULLI.

³⁵⁷ CE 3 févr. 1999, *Mme El Yahyaoui*, n° 161251.

³⁵⁸ CE, 23 mars 1994, *Karshenas Najaf Abadi*, n° 116144 ; CE 19 nov. 1997, *Ben Halima*, n° 169368.

³⁵⁹ Selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'appartenance à un mouvement extrémiste dont on répand les thèses constitue un défaut d'assimilation ; cf. CE, 14 oct. 1998, *Amiour*, n° 175186, *D.* 1998. IR. 258 ; CE, 29 juill. 2002, *Bonaffad*, n° 224538, *AJDA* 2002. 1064. Or, comme le souligne C. VALLAR, le défaut d'assimilation repose classiquement sur le militantisme et le prosélytisme islamiste...pas sur un mode de vie ou son expression (C. VALLAR, « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *D.*, 2009, p. 345).

³⁶⁰ Selon P. MALAURIE, contrairement au simple foulard, la burqa démontre un défaut d'assimilation ; cf. P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, 2008, n° II, p. 10151.

³⁶¹ A. GERIN et E. RAOULT, *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, préc., p. 81.

mouvement musulman intégriste, œuvrant sur le territoire national et dans le monde à la réislamisation des populations d'origine musulmane et à la reconnaissance, tant dans l'espace public que dans le droit des sociétés occidentales, de règles découlant de leur interprétation minoritaire des textes du Coran et de la tradition de l'islam.

Le soutien, voire l'exhortation publique au port du voile intégral, révèle deux traits majeurs de la nature et de l'action entreprise par cette nébuleuse : tout d'abord, un mouvement dont le réformisme apparent consiste en réalité à la promotion d'une lecture littéraliste et qu'on peut juger rétrograde de la religion musulmane ; un mouvement missionnaire mettant en cause la liberté des femmes musulmanes et s'efforçant d'obtenir la consécration de l'existence d'une communauté musulmane distincte du reste de la société et bénéficiant de droits spécifiques »³⁶².

La question posée est orientée autour de la détermination de la frontière entre des droits subjectifs fondés sur la liberté de religion et le communautarisme. Ce dernier serait entendu comme un écueil pathologique du développement des droits individuels en matière religieuse.

57. Dans leur gestion de la diversité culturelle, les juges doivent donc se garder de tomber de Charybde en Scylla : un équilibre est à trouver entre une trop grande reconnaissance des groupes amenant avec elle un communautarisme non désiré et une négation des droits individuels par crainte du communautarisme. En réaction, le droit français s'est réfugié dans la notion de laïcité ; principe qui subit alors un effet de polarisation (II).

II. LA REACTION JURIDIQUE : LA POLARISATION DE LA LAÏCITE

« Un premier constat, troublant, peut servir de point de départ : la laïcité est mise en avant désormais par des acteurs qui veulent maintenir un ordre, une certaine représentation de la communauté nationale ou du vivre ensemble républicain, et qui entendent imposer aux musulmans un mode d'existence qui finalement les disqualifie, les stigmatise, les contrôle, les domine ou les exclut »³⁶³.

58. Car c'est bien de cela dont il s'agit : la peur des convictions religieuses est moins tournée vers les religions traditionnellement présentes sur notre territoire que, dans un contexte anxio-gène lié au « terrorisme islamiste » et aux flux de populations, vers l'islam. En réaction, c'est la laïcité que l'on brandit. Mais de quelle laïcité est-il question ? À l'échelle européenne, la Cour EDH semble être devenue « la sentinelle avancée » de protection d'une laïcité entendue comme

³⁶² *Idem*.

³⁶³ M. WIEVIORKA, « L'ambivalence de la laïcité en France », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 87 (voir p. 89).

un outil efficace de garantie de la neutralité et de l'impartialité des États et de lutte contre le communautarisme religieux³⁶⁴. Tandis que la construction d'une laïcité « à l'européenne » semblait s'articuler autour du respect de la liberté de religion, y compris dans l'espace public – « tout ce qui choque ou dérange ne [devant] pas nécessairement être interdit, au risque de stigmatiser une communauté religieuse »³⁶⁵ - on assiste, en France, à sa polarisation. Une conception philosophique de la laïcité tend ainsi à prendre une ampleur croissante allant parfois jusqu'à estomper sa signification juridique (A). Conséquence de ce changement de paradigme, la neutralité religieuse se généralise et tend de moins en moins à se limiter aux États pour s'appliquer aux individus (B).

A. La valorisation d'une conception philosophique de la laïcité

59. De la laïcité comme principe. La laïcité française, entrée dans le droit français « par la petite porte »³⁶⁶ s'est construite progressivement par le biais de nombreuses évolutions. En organisant la séparation des Églises et de l'État, la loi de 1905 est venue lui donner « corps »³⁶⁷ en scellant légalement ce qui deviendra l'un des fondements de la laïcité : assurer la liberté de conscience et garantir le libre exercice des cultes. Rétrospectivement, la laïcité se présente comme un mode d'organisation, une « modalité de mise en œuvre »³⁶⁸, destiné à garantir³⁶⁹ la liberté religieuse, le pluralisme ainsi que la neutralité de l'État³⁷⁰. Aussi, la laïcité se présente-t-elle comme *un outil* : elle n'a pas pour fonction celle de vider la société de tout signe religieux³⁷¹, mais elle constitue au contraire un principe organisateur qui impose de respecter les consciences et de garantir l'exercice de la liberté de religion. Grâce à l'articulation des relations églises/État mise en œuvre par la loi de 1905, cette garantie passe par une limitation légitime, circonstanciée et proportionnée de la mani-

³⁶⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », *RTD Civ.*, 2009, p. 285.

³⁶⁵ E. DECAUX, « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, p. 266.

³⁶⁶ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit », in *La laïcité*, sous la dir. de A. AUDIBERT, *et al.*, PUF, 1960, p. 263.

³⁶⁷ E. GEFFRAY, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFD-A*, 2011, p. 967.

³⁶⁸ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n° 2, p. 329.

³⁶⁹ Aussi a-t-on pu parler de la laïcité comme du « garant suprême de la liberté de conscience », O. SCHRAMECK, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 195 (voir p. 196) ; v. également L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, 2005, n° 2, p. 427 ; J. BARTHELEMY, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *Rev. administrative*, 1999, n° spécial 2, p. 46.

³⁷⁰ Ces trois piliers constituent les trois aspects de la laïcité que le Conseil d'État français a rappelés dans son avis du 5 février 2004 intitulé « Un siècle de laïcité » (*Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003).

³⁷¹ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, 2005, n° 2, p. 427 ; O. SCHRAMECK, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 195 (voir p. 196) ; V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145.

festation de leurs convictions religieuses par les individus. Autrement dit, la laïcité crée différents espaces de liberté et « n'impose que pour concilier »³⁷².

60. À la laïcité comme valeur ? De plus en plus, un glissement juridique semble s'opérer de cette laïcité-outil vers une autre forme de laïcité que nous appellerons *laïcité-finalité*. Dans une telle hypothèse, la laïcité ne constitue plus l'instrument juridique de garantie des trois piliers que sont la liberté religieuse, le pluralisme et la neutralité ; elle devient un objectif à atteindre, voire une valeur à défendre³⁷³. Cette dernière acception correspond à la conception philosophique de la laïcité, rappelée par Mathilde PHILIP-GAY³⁷⁴. Cette acception assimile en premier lieu la laïcité à une conviction (1). En second lieu, elle contribue à ériger la notion en rempart à la manifestation des convictions – mais surtout des appartenances – religieuses, et donc en limite à la liberté de religion (2).

1. La laïcité comme conviction

61. Une laïcité à défendre. La laïcité peut-elle s'analyser en une conviction, au même titre qu'une conviction religieuse ou philosophique ? Est-elle une valeur destinée à être défendue ? Les auteurs français sont divisés sur ce point ; certains plaidant pour l'émergence d'une laïcité entendue comme une valeur, voire comme un choix idéologique³⁷⁵ ; d'autres tenant les termes pour antinomiques³⁷⁶ et estimant qu'une telle hypothèse contribuerait au détournement de la laïcité³⁷⁷. En réalité, les deux hypothèses ne se placent pas sur le même plan : d'un côté se pose la question de savoir si une conception philosophique de la laïcité ne devrait pas prendre le dessus sur le principe juridique français tandis que de l'autre on voit ce changement de conception comme un non-sens définitionnel.

62. Les jurisprudences européenne et française traduisent l'émergence de cette interrogation dans le débat juridique. En 2011, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée

³⁷² O. SCHRAMECK, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 195 (voir p. 196).

³⁷³ On ne compte plus les propositions politiques cherchant à insérer la Laïcité aux côtés du triptyque « Liberté, Égalité, Fraternité »...

³⁷⁴ M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016.

³⁷⁵ F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, 2010, p. 65 ; F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Droit social*, 2011, p. 1186 ; C. VIGNEAU, « La liberté religieuse dans les relations de travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 313 (voir p. 323).

³⁷⁶ J.-G. HUGLO, « Le juge ne tranche pas les questions de société », *Semaine sociale Lamy*, 2013, n° 1577, p. 7 ; D. LOCHAK, « Table ronde », *LPA*, 2013, n° 151, p. 33.

³⁷⁷ J. MOULY, « L'affaire Baby Loup devant la Cour de renvoi : la revanche de la laïcité ? », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 65.

dans le cas de l'affaire *Lautsi c. Italie*³⁷⁸ sur la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes. Malgré la séparation des Églises et de l'État formellement consacrée à l'article 7 de la Constitution républicaine italienne de 1948 ainsi que la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de laïcité³⁷⁹, les autorités nationales avaient considéré que la présence de ces crucifix n'était pas contraire à la laïcité³⁸⁰. Une directive ministérielle du 3 octobre 2002 avait même réaffirmé l'obligation pour les responsables scolaires d'assurer leur affichage dans les salles de classe. La Cour européenne des droits de l'Homme considéra que « les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le “degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance” requis pour qu'il s'agisse de “convictions” au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole n° 1 »³⁸¹. Mieux, elle précisa qu'il s'agissait de *convictions philosophiques*. Cette qualification de la laïcité contribua au développement de la conception philosophique de la laïcité dans le système juridique européen : celle d'une laïcité conviction, d'une laïcité à défendre. D'ailleurs, un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe ont adopté, contrairement à la France, une telle approche. Aussi, en Belgique, la conception prédominante de la laïcité s'est-elle affirmée comme un courant philosophique où elle est plus ou moins assimilée à l'athéisme ou à l'agnosticisme ; il y est « devenu culturellement incongru que des croyants soient considérés comme des laïques »³⁸². Le rayonnement du droit européen des droits de l'homme sur le droit français, et l'imprégnation de cette solution dans le discours juridique, entraîna des confusions dans la compréhension de la laïcité à la française qui avait pourtant « renoncé à faire prévaloir une conception de la laïcité identifiée à de l'incroyance active »³⁸³. On a ainsi vu se développer un discours politique et médiatique, puis juridique, confondant le principe juridique de laïcité avec la philosophie de la laïcité, alimentant le débat sur la question de savoir si la laïcité française pouvait constituer ou non une conviction.

³⁷⁸ Cour EDH [G.C.], *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, *JCP G*, 2011. 988, note G. GONZALEZ.

³⁷⁹ L'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 12 avr. 1989 consacrant la valeur constitutionnelle de la laïcité avait d'ailleurs précisé que ce principe impliquait non que l'État soit indifférent face aux religions mais qu'il garantisse la sauvegarde de la liberté de religion dans le pluralisme confessionnel et culturel.

³⁸⁰ En réalité, les juridictions suprêmes ne s'accordaient pas tout à fait : la Cour de cassation avait jugé en 2000 que la présence des crucifix dans un bureau de vote était incompatible avec les principes de laïcité et d'impartialité de l'État, ainsi qu'à la liberté de conscience. Prenant le contrepied de cette décision, une directive ministérielle avait, deux ans plus tard, réaffirmé l'obligation d'installer les crucifix dans les écoles. En 2006, le Conseil d'État jugeait cette situation compatible à la laïcité, eu égard à la signification qu'il y avait aujourd'hui lieu de donner aux crucifix (une valeur universelle, indépendante d'une confession religieuse spécifique).

³⁸¹ Cour EDH [G.C.], *Lautsi et autres c. Italie*, préc., § 58.

³⁸² J.-P. MARTIN, « Laïcité belge, laïcité française : deux usages d'une même notion », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 55 (voir p. 59).

³⁸³ *Ibid.*, p. 63.

63. La question de l'entreprise de tendance laïque. L'hypothèse d'une « conviction laïque » émergea bruyamment en France à l'occasion de l'affaire Baby Loup. Une éducatrice de jeunes enfants, de confession musulmane, avait été licenciée par l'association qui l'employait pour avoir refusé de retirer son foulard dans l'exercice de ses fonctions. Déboutée par les juridictions prud'homales ainsi qu'en appel, la demanderesse s'était pourvue en cassation. La chambre sociale de la Cour de cassation renversa la solution adoptée par les juges du fond et prononça la nullité du licenciement pour motif discriminatoire : pour la Haute Juridiction, la clause du règlement intérieur qui imposait aux employés le respect des principes de laïcité et de neutralité dans l'entreprise instaurait une restriction générale et imprécise à la liberté de religion des salariés³⁸⁴. Dans son attendu de principe, la Cour de cassation précisait explicitement l'inapplicabilité du principe de laïcité issu de l'article 1^{er} de la Constitution aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Paris ne se soumit pas à cette interprétation et, se fondant sur la mission d'intérêt général exercée par l'association employeur ainsi que sur l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant, considéra que l'association Baby Loup pouvait être qualifiée « d'entreprise de conviction » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et que, partant, elle devait être *en mesure d'exiger la neutralité de ses employés*³⁸⁵. Réunie en assemblée plénière, la Cour de cassation rejeta, le 25 juin 2014, la qualification de la crèche en entreprise de tendance laïque. Une telle qualification aurait contribué à transcrire la compréhension philosophique de la laïcité dans le droit du travail français. Or, le refus de la Cour de Cassation de valider cette qualification d'entreprise de tendance laïque fut motivé, non pas parce que la laïcité régit les rapports entre l'État et les citoyens – ce qui constitue sa nature et sa fonction premières – mais parce que celle-ci ne constituait qu'un *mode de fonctionnement* de la crèche, et n'en constituait pas l'objet, la finalité³⁸⁶. Autrement dit, la laïcité aurait pu être considérée comme la tendance de l'entreprise Baby Loup si cette dernière avait consacré toute son organisation à la défense et la promotion de la laïcité. Faut-il y voir qu'une entreprise privée dont le but serait de promouvoir la laïcité pourrait s'analyser en une entreprise de tendance... laïque³⁸⁷ ? La laïcité pourrait ainsi être entendue comme une tendance, comme une conviction, faisant l'objet d'une promotion par une entreprise privée. Elle deviendrait

³⁸⁴ Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 11-28845, *AJDA* 2013.1069, note J.-D. DREYFUS ; *D.* 2013. 777 ; *ibid.* 761, édito. F. ROME ; *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, obs. J.-G. HUGLO (rapp.) ; obs. R. SCHWARTZ et V. BERGER ; *JCP S* 2013. 1146, obs. B. BOSSU.

³⁸⁵ CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981, *Jurisdatal* n° 2013-02658.

³⁸⁶ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369 : « Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, "de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique et confessionnelle".

³⁸⁷ V. en ce sens, K. JAKOULOFF, « Principe de proportionnalité et principe de neutralité : le court-circuitage de la notion d'entreprise de conviction », *LPA*, 2014, n° 192, p. 4.

un objectif ; et pour reprendre les termes de la Cour EDH, un « objectif conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention »³⁸⁸.

64. La laïcité-finalité entre de fait en opposition avec la liberté de religion qu'elle avait originellement vocation à garantir et peut alors s'entendre comme une limite à celle-ci (2).

2. La laïcité comme limite à la liberté de religion

65. **Une laïcité opposable aux personnes privées.** Cette mise en concurrence est le fruit d'une double évolution de la jurisprudence européenne et prend racine en France. Depuis une loi du 15 mars 2004, la France a en effet interdit le port de signes religieux manifestant ostensiblement une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics³⁸⁹, étendant en conséquence les exigences de neutralité religieuse issues du principe de laïcité aux *usagers* du service public de l'enseignement primaire et secondaire public. Dans ce contexte, la Cour européenne eut d'abord à se prononcer sur l'interdiction faite à deux élèves de porter le foulard islamique en cours d'éducation physique, avant l'entrée en vigueur de la loi susmentionnée. Or, les juges européens statuèrent en 2008, consolidant l'empreinte de la loi de 2004 sur la compréhension de la laïcité française, empreinte qui figure dans l'énoncé du droit interne pertinent fourni par la Cour EDH. On y lit :

« En France, l'exercice de la liberté religieuse dans l'espace public, et plus particulièrement la question du port des signes religieux à l'école, est directement lié au principe de laïcité, principe autour duquel la République française s'est construite »³⁹⁰.

L'année suivante, la Cour européenne fut saisie de six requêtes contestant l'exclusion d'élèves qui, en application de la loi, avaient manifesté ostensiblement leur appartenance religieuse à l'école par le port de signes religieux (foulards islamiques et *keskis* sikhs)³⁹¹. Reprenant les arguments qu'elle avait déjà avancés dans les affaires *Dogru* et *Kervanci*, la Cour releva que cette « limitation de la manifestation d'une conviction religieuse avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité

³⁸⁸ Cour EDH, déc. *Bayrak c. France*, 30 juin 2009, req. n° 14308/08 (foulard islamique, substitué ensuite par un bandana) ; Cour EDH, déc. *Gamaleddyn c. France*, 30 juin 2009, req. n° 18527/08 (foulard islamique, substitué par un bonnet) ; Cour EDH, déc. *Ghazal c. France*, 30 juin 2009, req. n° 29134/08 (couvre-chef manifestant son appartenance à la religion musulmane) ; Cour EDH, déc. *Jasvir Singh c. France*, 30 juin 2009, req. n° 25463/08 (« keski », sous-turban Sikh) ; Cour EDH, déc. *Ranjit Singh c. France*, 30 juin 2009, req. n° 27561/08 (keski Sikh) ; Cour EDH, déc. *Aktas c. France*, 30 juin 2009, req. n° 43563/08 (voile islamique).

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ Cour EDH, *Kervanci c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 31645/04, § 17 et Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05, § 17 (nous soulignons).

³⁹¹ Cour EDH, déc. *Bayrak c. France*, 30 juin 2009, préc. ; Cour EDH, déc. *Gamaleddyn c. France*, 30 juin 2009, préc. ; Cour EDH, déc. *Ghazal c. France*, 30 juin 2009, préc. ; Cour EDH, déc. *Jasvir Singh c. France*, 30 juin 2009, préc. ; Cour EDH, déc. *Ranjit Singh c. France*, 30 juin 2009, préc. ; Cour EDH, déc. *Aktas c. France*, 30 juin 2009, préc.

dans l'espace public scolaire »³⁹². Plus précisément, elle jugea que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics mise en place par la loi de 2004 pouvait être « motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité »³⁹³. Le principe français est ainsi envisagé comme le fondement d'une limitation de la liberté de religion des élèves³⁹⁴.

66. La laïcité ainsi entendue comme limite s'est retrouvée quelques années plus tard dans l'affaire Baby Loup³⁹⁵, dont le règlement intérieur disposait que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent [...] ». L'utilisation du terme « laïcité » est problématique – en tant qu'entreprise privée ne gérant pas de service public, le principe de laïcité n'aurait pas dû s'appliquer aux employés de la crèche³⁹⁶ – et peut-être aurait-il fallu utiliser une autre expression³⁹⁷ pour justifier une telle obligation de neutralité. En effet, puisque l'État, au nom de la laïcité et de la liberté de religion « a le devoir, alors que la nation est composée de personnes qui n'ont pas les mêmes croyances, de permettre à chacun des citoyens de vivre conformément aux exigences de sa conscience. Il en résulte que la doctrine de la neutralité [...] ne saurait se concevoir comme une contrainte restrictive »³⁹⁸. Pourtant, cette distinction n'a pas été opérée par l'assemblée plénière de la Cour de Cassation dont la solution contribue, au minimum, à troubler la compréhension de la laïcité, si ce n'est à la reconfigurer complètement, à « retourner » la notion en fondement des restrictions apposées à la liberté de religion³⁹⁹. Pour Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Vincent VALENTIN, cette « Nouvelle laïcité », qui a pour fonction et pour effets juridiques de ne plus seulement limiter l'action de l'État mais aussi de restreindre la liberté des particuliers⁴⁰⁰, traduirait le passage d'une laïcité juridique à une laïcité « identitaire et

³⁹² Cour EDH, *Kervanci c. France*, 4 déc. 2008, préc., § 68-72 et Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, préc., § 68-72.

³⁹³ Nous soulignons. Cour EDH, déc. *Bayrak c. France*, *Gamaleddyn c. France*, *Ghazal c. France*, *Jasvir Singh c. France*, *Ranjit Singh c. France*, et *Aktas c. France*, 30 juin 2009, préc.

³⁹⁴ *Contra*, O. DORD, *Laïcité : le modèle français sous influence européenne*, Fondation R. Schuman, 2004, p. 78 ; J. BARTHELEMY, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de laïcité », *Rev. administrative*, 1999, n° spécial 2, p. 46.

³⁹⁵ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369, *AJDA* 2014. 1293 et 1842, note S. MOUTON et T. LAMARCHE ; *D.* 2014. 1386 ; *RTD Civ.* 2014.620, obs. J. HAUSER.

³⁹⁶ Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, *D.* 2013. 777, 1026, obs. J. Porta ; *AJCT* 2013. 306 ; *AJDA* 2013. 597, obs. S. BRONDEL, *AJDA* 2013.1069, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. soc.* 2013. 388, étude E. Dockès. ; v. P. DELVOLVE, « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup », *RFDA*, 2014, p. 954.

³⁹⁷ V. en ce sens, M. PHILIP-GAY et H. FULCHIRON, « La laïcité : un principe, des valeurs », *D.*, 2015, p. 274.

³⁹⁸ J.-B. D'ONORIO reprenant Robert Schuman, J.-B. D'ONORIO, « La laïcité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de S. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 913 (nous soulignons).

³⁹⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, éd., LGDJ, 2014, p. 20 ; v. en ce sens S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1 éd., Dalloz, 2013, p. 430.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 29.

culturelle »⁴⁰¹. Tout l'enjeu réside selon nous, en réalité, dans la cohabitation de ces deux conceptions en évitant leur confusion.

67. Or, force est de constater que cette évolution a bien provoqué une confusion entre la dimension philosophique de la laïcité et le principe juridique. Elle s'est traduite par la réalisation pratique d'une laïcité-finalité (B).

B. La concrétisation juridique d'une conception philosophique de la laïcité

68. La valorisation d'une conception philosophique de la laïcité a renversé la logique en matière de liberté de religion⁴⁰². En 2014, Jean BAUBÉROT et Micheline MILOT ont relevé trois stéréotypes dominants en France, parmi lesquels la réduction de la laïcité à « une certaine représentation de la neutralité religieuse dans la sphère publique largement entendue, à une conception de plus en plus extensive de cette neutralité »⁴⁰³. Le droit français ne s'est pas émancipé de ce stéréotype. Les évolutions récentes reflètent en effet l'introduction de la neutralité religieuse dans les entreprises privées (1) et sa diffusion dans l'espace public (2) qui témoignent, sans le dire, de la concrétisation larvée d'une conception philosophique de la laïcité dans le champ juridique.

1. L'introduction de la neutralité religieuse dans les entreprises privées

69. **L'application de la laïcité aux agents privés des entreprises privées gérant un service public.** Lorsqu'elle eut pour la première fois à se prononcer sur le cas Baby Loup⁴⁰⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation était dans le même temps saisie d'une autre affaire relative à l'application de la laïcité dans une entreprise privée⁴⁰⁵. À la différence de la crèche, qui était investie d'une mission *d'intérêt général*, l'entreprise en question – une caisse primaire d'assurance maladie – gérait un service public. Une salariée, elle aussi musulmane, y avait été licenciée car elle

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁰² Ce renversement a aussi été constaté dans la jurisprudence administrative. Cf. H. LAINÉ, « Liberté religieuse des agents territoriaux et obligation de neutralité religieuse », in *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, dir. J. FIALAIRE, Litec, 2007 : « nous sommes globalement passés d'une jurisprudence protectrice de la liberté de conscience des agents publics à une jurisprudence rappelant les limites de la liberté religieuse et protectrice de la neutralité de l'État républicain et de ses démembrements ».

⁴⁰³ J. BAUBÉROT et M. MILOT, « Introduction. Laïcité, laïcités : pistes de réflexion et d'analyse », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 11 (voir p. 12).

⁴⁰⁴ Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 11-28845, *AJDA* 2013.1069, note J.-D. DREYFUS ; *D.* 2013. 777 ; *ibid.* 761, édito. F. ROME ; *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, obs. J.-G. HUGLO (rapp.) ; obs. R. SCHWARTZ et V. BERGER ; *JCP S* 2013. 1146, obs. B. BOSSU.

⁴⁰⁵ Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, *AJDA* 2013. 597 ; *D.* 2013. 777.

portait le foulard islamique en la forme d'un bonnet. Bien que son poste n'impliquât pas qu'elle soit en contact avec les usagers du service public⁴⁰⁶, la Cour de cassation – se prononçant pour la première fois sur une question relative à l'application de la laïcité en droit privé – emprunta une grille de lecture finaliste de la laïcité pour valider le licenciement. Finaliste en effet, car c'est la mission de l'employeur plus que la qualité du contrat (public ou privé) de l'agent qui justifia l'application des exigences du principe de laïcité à des employés de droit privé. L'arrêt énonce ainsi que :

« les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires »⁴⁰⁷.

Cette décision de la Cour de cassation appelle deux remarques. Premièrement, cet arrêt démontre que tandis qu'elle était jusqu'alors demeurée l'apanage des juridictions administratives⁴⁰⁸ et constitutionnelle, la laïcité se fait une place dans la jurisprudence judiciaire. Secondement, qu'elle s'impose à toute personne liée à un service public, qu'elle soit fonctionnaire⁴⁰⁹, contractuelle de droit public ou salariée d'une entreprise de droit privé. Pour d'aucuns, il en résulterait une dilution de la frontière du droit public et du droit privé puisque seul le critère de l'objet de l'entreprise suffirait à imposer l'exigence de neutralité issue de la laïcité aux personnes privées dans certains rapports de droit privé⁴¹⁰ - en l'occurrence, contractuels. D'autres ont par ailleurs souligné les inconvénients pratiques de cette solution, tenant à la complexité des critères donnés par le Conseil d'État pour identifier les activités de service public prises en charge par des per-

⁴⁰⁶ Les juridictions administratives sont attentives au fait que la personne qui, sans être agent public, concoure à une mission de service public, est en contact ou non avec les usagers du service public ; cf. CAA Paris, 6 déc. 2016, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, req. n° 15PA03527 (élève infirmière).

⁴⁰⁷ Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, préc. (nous soulignons).

⁴⁰⁸ CE, avis, 3 mai 2000, *Dlle Marteau*, *AJDA* 2000. 673, chron. M. GUYOMAR et P. COLIN. V. par ex. CAA Nantes, 28 déc. 2001, *Département du Cher*, *AJFP* 2002, n° 4, p. 45, obs. O. GUILLAUMONT (assistante maternelle entraînant les enfants placés sous sa garde aux activités des Témoins de Jéhovah) ; TA Paris, 17 oct. 2002, *Mme Ebrahimian*, *AJDA* 2003. 99, obs. M.-C. DE MONTECLER (assistante sociale portant le foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions) ; CE 8 déc. 1948, *Dlle Pasteau*, *S.* 1949. 3. 41, note J. RIVERO ; TA Cergy, ord., 27 mai 2004, *M. Lamsanes*, req. n° 04-3791 (agent d'entretien stagiaire d'une piscine municipale refusant de couper sa barbe pour des raisons religieuses).

⁴⁰⁹ Le principe a récemment été consacré dans la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. L'article 1 de cette loi dispose ainsi que « Dans l'exercice de ses fonctions [le fonctionnaire] est tenu à une obligation de neutralité » ; « Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ».

⁴¹⁰ V. en ce sens, C. VIGNEAU, « La liberté religieuse dans les relations de travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gandu*, IRJS, 2014, p. 313 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, éd., LGDJ, 2014, p. 32.

sonnes privées⁴¹¹. La jurisprudence judiciaire commence toutefois à se saisir de ces critères ; la Cour d'appel de Versailles a ainsi considéré, à propos d'une activité d'infirmière exercée par une salariée de droit privé au sein d'une entreprise de droit privé, que :

« Indépendamment des cas dans lesquels le législateur a entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. Un organisme de droit privé, alors même que son activité poursuit un intérêt général, n'est chargé d'une mission de service public que si une personne publique lui a confié ce service public, tout en continuant à l'assumer »⁴¹².

En l'espèce, il fut retenu que si le service de santé peut être regardé comme relevant d'une mission d'intérêt général, l'employeur ne justifiait tenir de l'administration aucune mission de service public, ni exercer une quelconque prérogative de puissance publique. Excluant la qualification d'entreprise exerçant une mission de service public, la Cour d'appel estima que l'employeur ne pouvait guère restreindre la liberté de manifester les signes religieux sur ce motif.

70. L'ouverture de la neutralité religieuse aux entreprises privées : développement et consécration des « clauses de neutralité ». Suite à la décision de la Cour de cassation, plusieurs propositions tenant à étendre l'obligation de neutralité religieuse à certaines catégories d'entreprises privées furent évoquées. C'est ainsi qu'en 2013 le Sénat a adopté une proposition de loi visant à étendre l'obligation de neutralité religieuse aux salariés des entreprises ou structures privées en charge de la petite enfance⁴¹³. En 2016, la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁴¹⁴ inséra dans le Code du travail un article L. 1321-2-1 autorisant les entreprises à inscrire le principe de neutralité dans leur règlement intérieur, et par conséquent à restreindre la manifestation des convictions des salariés⁴¹⁵. Plus ré-

⁴¹¹ V. en ce sens, M. LE ROUX, « Usager du service public et laïcité », *RFDA*, 2013, p. 727 et les références citées. L'auteur y développe l'idée d'une transformation de la laïcité d'une laïcité-protection de l'usager du service public à une laïcité-sujétion.

⁴¹² CA Versailles, 29 nov. 2018, n° 17/012498.

⁴¹³ Sénat 17 janv. 2012, texte n° 48, session 2011-2012 ; AN, n° 593.

⁴¹⁴ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. V. N. MOIZARD, « La neutralité des salariés dans l'entreprise », *Rev. trav.*, 2016, p. 817.

⁴¹⁵ L'article se lit ainsi : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

cemment, la CJUE se prononça sur la question de savoir si le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations exécutées par une salariée portant un foulard islamique pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante justifiant le licenciement de celle-ci⁴¹⁶. La réponse de la Cour du Luxembourg s'articulait autour de deux solutions directrices : d'abord, qu'il est possible pour une entreprise privée de mettre en œuvre une politique de *neutralité* à l'égard de ses clients, si et seulement si les moyens employés pour satisfaire cet objectif de neutralité sont appropriés et nécessaires⁴¹⁷ ; ensuite, qu'à défaut de règle interne en ce sens, interdire à une salariée de manifester sa religion par le port d'un foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions doit répondre à une exigence professionnelle et déterminante. À ce titre, la Cour de justice rappela que ce n'est que dans des conditions *très limitées* qu'une caractéristique liée notamment à la religion peut constituer une telle exigence⁴¹⁸, étant entendu que celle-ci doit être *objectivement* dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité en cause. Or, parce qu'elle repose sur des considérations subjectives, « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de [l'article 4 § 1 de la directive 2000/78/CE] »⁴¹⁹. Cette solution fut traduite en droit français par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 22 novembre 2017, jugea en ces termes :

« Attendu qu'il en résulte que l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients ; qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »⁴²⁰.

⁴¹⁶ CJUE [G.C.], *Boungaoui et ADDH c. Micropole SA*, 14 mars 2017, n° C-188/15 ; *Rev. Trav.* 2017. 422, note P. ADAM ; *D.* 2017. 947, note J. MOULY ; *Sem. Soc. Lamy*, 27 mars 2017, n° 1762, p. 3, note G. CALVÈS.

⁴¹⁷ *Ibid.*, § 33.

⁴¹⁸ *Idem.*, § 38.

⁴¹⁹ *Idem.*, § 40.

⁴²⁰ Cass. Soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855 (nous soulignons) ; *D.* 2018. 218, note J. MOULY. On notera que la question du « contact avec la clientèle » est érigée par la Cour de cassation en condition de validité de la clause de neutralité. Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles conclut à la nullité du licenciement, qu'elle juge discriminatoire (CA Versailles, 18 avr. 2019, n° 18/021898). Pour d'autres applications de la jurisprudence *Boungaoui*, v. CA Versailles, 29 nov. 2018, n° 17/012498 (infirmière portant le foulard islamique) ; CA Versailles, 27 sept. 2018, n° 17/023758 (employé portant une barbe qui, selon l'employeur, a un caractère religieux).

Finalement, l'état du droit actuel français est le suivant : la neutralité ne s'impose plus qu'aux seuls agents publics. Certains auteurs se sont même demandés si cette introduction de la neutralité dans les entreprises privées n'était pas une manifestation du « vivre ensemble »⁴²¹ allant de pair avec la diffusion de la neutralité religieuse dans l'espace public (2).

2. La diffusion de la neutralité religieuse dans l'espace public

« On observe que la conception de l'espace public, loin d'être univoque et objective, épouse des options philosophiques et politiques sur le sens de la manifestation de l'appartenance religieuse dans une société laïque »⁴²².

71. De l'espace public, espace de liberté. Longtemps demeurée l'apanage de la philosophie et des sciences politiques, ce n'est qu'avec la loi de 2010 que la notion d'espace public pénétra véritablement dans la législation française⁴²³. Faisant généralement référence, selon le philosophe Jürgen HABERMAS, à un espace intermédiaire entre l'espace privé et l'État⁴²⁴, l'espace public y est alors défini comme constitué « des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public »⁴²⁵. Nonobstant les lieux affectés à un service public, qui faisaient jusqu'alors l'objet d'un régime particulier de neutralité où « d'une part, les agents doivent s'astreindre au respect d'une neutralité stricte et où, d'autre part, certains usagers – les écoliers, collégiens et lycéens (C. éduc., art. L. 141-5-1) – en sont tenus à la discrétion »⁴²⁶, les voies et lieux ouverts au public étaient jusqu'alors des lieux de liberté y compris s'agissant du port de signes religieux. Aussi, lorsque la loi de 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public fut soumise au contrôle de la Cour EDH, une partie de la doctrine doutait-elle de sa conventionnalité⁴²⁷. Quatre ans plus tôt, cette même Cour avait en effet sanctionné l'interdiction de porter, en dehors des cérémonies religieuses, certaines tenues religieuses dans les lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques⁴²⁸. On avait alors déduit de cet arrêt que « la finalité de la défense du principe de laïcité ne permet[tait] pas de prohiber le port, en soi, de tenues reli-

⁴²¹ N. MOIZARD, « La neutralité des salariés dans l'entreprise », *Rev. trav.*, 2016, p. 817 à propos de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail.

⁴²² P. ROLLAND, « Les pratiques et signes religieux ont-ils leur place dans l'espace public ? », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*, p. 119, spéc. p. 128, La Documentation française, 2016, p. 119, spéc. p. 128.

⁴²³ O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », *RFD*, 2011, p. 551.

⁴²⁴ J. HABERMAS, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978, éd. originale : *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand, 1962, cité par O. BUI-XUAN, *op. cit.*

⁴²⁵ Loi n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁴²⁶ C. ROUX, « La laïcité "à la carte" », *Dr. Adm.*, 2017, n° 4, alerte 51.

⁴²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12 éd., PUF, 2015 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *D.*, 2010, p. 685.

⁴²⁸ Cour EDH, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 févr. 2010, req. n° 41135/98, *JCP G* 2010, n° 18, p. 514, note G. GONZALEZ.

gieuses par “de simples citoyens” dans “des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou les places publiques”, dès lors que les intéressés n’ont pas cherché à promouvoir leurs convictions religieuses »⁴²⁹.

72. À l’espace public, espace de neutralité ? Or, c’est bien le contrepied de cette solution qui fut adopté par la Grande chambre en conférant à la loi française un brevet de conventionalité⁴³⁰. D’une part, l’interdiction posée par ladite loi n’est pas fondée sur les exigences de la laïcité ; d’autre part, bien qu’ayant été créée spécialement pour lutter contre les manifestations d’appartenance religieuse *via* la burqa ou le niqab, la loi est d’apparence tout à fait neutre puisque ces vêtements n’y sont pas explicitement visés⁴³¹. C’est une requérante de confession musulmane qui avait alors saisi la Cour de Strasbourg, estimant que l’interdiction du visage dans l’espace public l’avait privée de la possibilité de revêtir le voile intégral et, en conséquence, d’être « en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions personnelles »⁴³². Sans référence au principe de laïcité mais au « vivre ensemble » qu’elle érigea en but légitime, et après avoir octroyé à l’État une ample marge d’appréciation, la Cour ne condamnait pas la France⁴³³. Pourtant, elle avait admis que le port du « voile intégral » relevait de la liberté de chacun de manifester sa religion⁴³⁴, imbriquant en filigrane neutralité confessionnelle⁴³⁵ et « vivre ensemble ».

73. Le « vivre ensemble », instrument d’expansion de la neutralité religieuse, instrument de transformation de la laïcité ? À deux reprises, la Cour européenne des droits de l’Homme valida des lois nationales interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public motivées par les exigences du vivre ensemble⁴³⁶. Cette nouvelle notion du droit européen des droits de l’homme y avait été successivement présentée par les autorités nationales comme « le respect des exigences minimales de la vie en société »⁴³⁷, ou encore comme un modèle de société faisant prévaloir l’individu sur ses attaches philosophiques, culturelles et religieuses, et la dissimulation

⁴²⁹ F. SUDRE, *op. cit.*

⁴³⁰ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11.

⁴³¹ Derrière la « sobriété apparente » de la loi se cache en effet une cible particulière : le voile intégral (*cf.* C. CHASSANG, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demie-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l’espace public », *D.*, 2014, p. 1701.

⁴³² Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 11.

⁴³³ Pour certains auteurs, cette ample marge d’appréciation tient au fait que la Cour avait à se prononcer sur la question « de la morale, ou du moins de la définition des valeurs au sein d’une société » ; en ce sens, L.-M. LEROUZIC, « La Cour européenne des droits de l’Homme lève le voile sur la conventionnalité de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public », *LPA*, 2015, n° 8, p. 7.

⁴³⁴ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 108.

⁴³⁵ V. en ce sens, J.-F. FLAUSS, « Laïcité et Convention européenne des droits de l’homme », *RDP*, 2004, p. 317, à propos de l’arrêt Cour EDH [G.C.], *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

⁴³⁶ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc. ; Cour EDH, *Belcemi et Oussar c. Belgique*, 11 juil. 2017, req. n° 37798/13.

⁴³⁷ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 121.

du visage dans l'espace public comme rendant impossible l'établissement des rapports humains indispensables à la vie en société. L'admission européenne de cette nouvelle notion, que la Cour rattacha au but légitime de protection des droits et libertés d'autrui, sert ainsi de fondement à des restrictions à la manifestation de leurs convictions religieuses ne portant pas atteinte à l'ordre public par des personnes privées dans un espace de liberté. En ce sens, le vivre ensemble se rapproche d'une conception philosophique de la laïcité puisqu'il se fait le vecteur d'une certaine forme de neutralité religieuse et se présente comme la nouvelle « pierre de touche du modèle européen de société »⁴³⁸. Le développement du « vivre ensemble » pourrait en effet traduire le développement d'un nouveau paradigme sécuritaire, d'un paradigme de l'exclusion produit par la recherche d'un « espace public largement aseptisé, sécurisé et confortable »⁴³⁹, débarrassé des manifestations religieuses qui traduiraient une appartenance communautaire indésirable. La laïcité pourrait alors s'imposer comme une réponse à « la logique du choc des civilisations »⁴⁴⁰.

*

*

*

⁴³⁸ Selon l'expression de S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le niqab de retour à Strasbourg », *D.*, 2017, p. 1926.

⁴³⁹ Cf. le paradigme développé par le juriste suisse D. MOECKLI et cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.* (D. MOECKLI, *Exclusion From the Public Space : A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2016).

⁴⁴⁰ N. BAVEREZ, « Le principe de laïcité face aux chocs et aux crises du XXI^e siècle », *Arch. phil. dr.*, 2005, n° 48, p. 249.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

74. Séparation, individualisation, appréhensions. L'expression « convictions religieuses » est apparue dans le discours juridique comme le produit d'une double évolution. Dans un premier temps, l'isolement de l'ordre juridique religieux et son détachement vis-à-vis de l'ordre juridique étatique qui s'est traduit par la séparation des Églises et de l'État a donné lieu à un cloisonnement des systèmes normatifs temporel et spirituels. Cette séparation s'est construite sur une conception institutionnelle et communautaire de la religion, qui ne laissait pas de place à une conception individualisée de la religiosité. La loi de 1905 s'est ainsi majoritairement orientée autour de la mise en œuvre de cette séparation du point de vue des cultes plus que des individus (hormis, évidemment, l'affirmation de la liberté de conscience). Secondement, le développement d'un individualisme philosophique, social et juridique s'est traduit par une recomposition de la religiosité qui s'est orientée autour de la volonté individuelle et de la recherche de l'épanouissement personnel à travers le droit à l'autonomie. Dans cette conception, les convictions religieuses de chacun ne sont plus cantonnées à des dogmes ou des préceptes prédéterminés par des religions institutionnalisées, mais sont présentées comme le produit d'une exégèse religieuse individuelle, propre à chaque individu.

Cette individualisation peut générer des craintes : des craintes sociales qui se nichent dans des réflexes défensifs relatifs au conflit de culture et au communautarisme, perçu en France comme une menace pour l'intégrité et l'unité de la société française ; des craintes juridiques qui se sont traduites par la polarisation du principe de laïcité que l'on a mobilisé depuis le début du XXI^e siècle comme une finalité à défendre plus qu'un outil à employer pour assurer le libre exercice des cultes et la neutralité de l'État. La particularité de la mobilisation récente d'une conception philosophique de la laïcité est qu'elle n'a pas vocation à modifier le régime institutionnel des cultes, mais à répondre à la pratique individuelle de la religion par peur du communautarisme. Finalement, cette réaction tant sociale que juridique n'est pas sans rappeler la formule de Fernand BRAUDEL selon lequel une culture se définit « beaucoup plus par ce qu'elle dédaigne, par ce dont elle ne veut pas, que par ce qu'elle accepte »⁴⁴¹.

⁴⁴¹ P. DAIX, *Braudel*, Flammarion, 1995, p. 279, (transcription d'une entrevue avec Jean-Claude BRINGUIER, diffusée en août 1994).

75. Typologie des convictions religieuses dans les décisions de justice. Le but de ce chapitre est d'identifier, à partir de l'étude des décisions de justice et de la doctrine, les éléments constitutifs de la notion sans pour autant qu'ils aient été indiqués comme tels par les juridictions judiciaires. En ce sens, il ne s'agit pas de chercher à élaborer les critères de la notion, mais d'en identifier les manifestations et leur forme dans la jurisprudence judiciaire, ce qui revient à identifier la structure d'une notion de « convictions religieuses » à partir des manifestations de ses composantes dans le discours juridique en droit privé et droit des libertés fondamentales. Nous avons en effet remarqué que la notion de « convictions religieuses » était présente dans tous les éléments relatifs à la religion et à l'élaboration de sa définition juridique. Le point de départ de la réflexion se situe donc dans la définition traditionnellement donnée à la *religion* c'est-à-dire dans sa dimension binaire qui comporte un volet objectif, la communauté religieuse, et un volet individuel, la foi⁴⁴². Au fil des recherches, nous nous sommes toutefois aperçue que les convictions religieuses pouvaient s'envisager, au-delà d'une binarité centrée autour de l'individu et du groupe, sur un élément intérieur : le sentiment religieux (**Section 1**) et un élément extériorisé : le comportement religieux (**Section 2**).

⁴⁴² Cf. CA Paris, 29 févr. 1980, *Jurisdata* n° 1980-094101, cité par M.-R. RENARD, « Le régime juridique de la liberté religieuse », *JCP G*, 1998, n° II, p. 10025.

SECTION 1 - L'INTERIORITE DE LA CONVICTION RELIGIEUSE : LE SENTIMENT RELIGIEUX

76. Comment caractériser le sentiment religieux ? D'emblée, il nous apparaît intime, insaisissable (I). Mais une recherche dans les décisions de justice révèle que le terme figure dans le discours juridique. C'est donc qu'il n'est pas entièrement substitué ni au monde extérieur, ni au monde juridique. Ainsi le sentiment religieux se révèle-t-il à la sphère juridique lorsqu'il est soulevé par les parties et parfois employé par les magistrats (II).

I. L'INSAISSABILITE DU SENTIMENT RELIGIEUX

« L'homme a dans le secret de sa pensée, un asile de liberté impénétrable à l'action de la force »⁴⁴³.

77. **À l'origine du sentiment religieux : la conscience**⁴⁴⁴. L'existence du sentiment religieux se fonde sur le premier postulat selon lequel la conviction religieuse naît dans la conscience de l'individu. Dans une première acception, la conscience désigne chez l'homme une « organisation de son psychisme qui, en lui permettant d'avoir connaissance de ses états, de ses actes et de leur valeur morale, lui permet de se sentir exister, d'être présent à lui-même »⁴⁴⁵. Elle pourrait s'entendre comme une capacité, ou plus vulgairement, comme *le fait de pouvoir penser*. C'est de cette capacité à penser que DESCARTES en a d'ailleurs déduit la certitude de son existence. Cartésien, notre droit a d'abord considéré la personne pour sa qualité de substance pensante : la personne *sujet de droit* désignerait « cet individu défini par la conscience qu'il a d'exister, comme être biologique, moral et social »⁴⁴⁶. On a d'ailleurs dit, à l'instar de MAURIAC, de celui qui ne pense pas qu'il n'est pas :

« La chair se corrompt dès que l'esprit l'abandonne – l'esprit : cette part de nous-même différente des milliards d'humains qui nous ont précédés et qui

⁴⁴³ G. DE STAËL, *De la littérature*, (1800), Flammarion, 1991, p. 78.

⁴⁴⁴ *Contra*, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 218. Les auteurs considèrent que les sentiments sont le produit des fonctions corporelles. Selon eux, les sentiments « ne sont pas distincts du corps ni extérieurs à lui ; ils sont le corps en action, tel qu'il est lu par la conscience ». De même, l'esprit y est décrit comme « une fonction corporelle » (p. 219). Les auteurs y réfutent la dichotomie du corps et de l'esprit. Néanmoins, isoler la conscience comme origine du sentiment religieux ne revient pas, selon nous, à figer une telle dichotomie. Pour une conception de la conscience à laquelle nous adhérons et à la lumière de laquelle les arguments ci-après développés s'appuient, v. G. PUPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme. Essai d'analyse systématique », *Société, droit et religion*, 2016/1, n° 6, p. 209.

⁴⁴⁵ TLFi, v. « Conscience ».

⁴⁴⁶ TLFi, v. « Personne ». V. également C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Arch. ph. dr.*, 1989, n° 34, p. 9. Dans son article, l'auteur y relate la vision de Descartes, laquelle s'inscrit dans la *philosophie de la conscience*. Philosophiquement, seul le sujet – par opposition à l'objet – est doté de la conscience.

viendront après nous, cette âme qui peut être sauvée ou perdue mais non détruite. Et nous ne constituons une personne que dans la mesure où elle existe et où nous le savons. L'homme est esprit ou il n'est rien »⁴⁴⁷.

Or, il n'est plus possible aujourd'hui de considérer que sans conscience l'homme n'est rien. Preuve en est : la protection de la personne humaine se prolonge au-delà de sa mort. C'est en réalité la perspective qui change. La conception spirituelle de la personne s'est enrichie d'une conception matérielle et substantielle : à la personne sujet de droit est venue s'ajouter une conception de la personne objet de droit⁴⁴⁸. Or, que distingue le sujet de l'objet si ce n'est la conscience ?

78. Le siège du sentiment religieux : le for intérieur. Parler de conscience, c'est aussi une façon de conceptualiser l'intériorité de chacun. À première vue, conscience et for intérieur semblent pouvoir être tenus pour synonymes⁴⁴⁹. Il ne fait d'ailleurs guère de doute, écrit Danièle LOCHAK, que « la conscience ait quelque chose à voir avec le for intérieur »⁴⁵⁰. Nous avons toutefois le sentiment que l'un et l'autre sont distincts. Bien qu'anthropologiquement la notion de for intérieur apparaisse comme un artefact né de notre tradition occidentale à opposer le public du privé⁴⁵¹, nous adhérons à la compréhension du for intérieur comme un *espace du dedans*, une « instance intime, lovée au creux de l'être »⁴⁵² et protégée de l'ingérence étatique. Le for intérieur est le rempart métaphorique de la conscience. Il permet à celui qui croit sans le manifester par un quelconque comportement extérieur d'être le seul à savoir qu'il croit.

79. La nature du sentiment religieux. Le vecteur de l'espace intérieur à l'espace *du dehors* s'incarne dans le sentiment. Ce dernier se définit comme un « état affectif complexe, assez stable et durable, composé d'éléments intellectuels, émotifs ou moraux, et qui concerne soit le "moi" [...] soit autrui [...] »⁴⁵³. Le sentiment renvoie à la sensibilité de l'être humain, à ce que celui-ci peut ressentir en son for intérieur. Partant, pourquoi faire le choix de parler de « sentiment religieux » ? Qu'apporte l'adjectif au substantif ? Pourquoi « sentimentaliser » le religieux ? Tout d'abord, car le sentiment religieux constitue l'essence de la conviction religieuse. À la suite de

⁴⁴⁷ F. MAURIAC, *Mémoires intérieurs*, 1959, p. 91.

⁴⁴⁸ A. GAILLIARD, *Les fondements du droit des sépultures*, p. 291. L'auteur y explique que la protection de la personne comme objet de droit, c'est-à-dire comme un corps humain devant être protégé en raison de son appartenance à l'humanité, a fait place à la notion de dignité humaine sur la scène juridique. Sur la distinction entre la personne *juridique*, le sujet de droit, et la personne *réelle*, objet de droit, v. notamment F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006 et les références citées.

⁴⁴⁹ Dans son *Dictionnaire philosophique*, Voltaire semble aussi assimiler les deux notions.

⁴⁵⁰ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 180.

⁴⁵¹ E. LE ROY, « Le for intérieur, un artefact de la tradition occidentale. Variations anthropologiques sur le tribunal des consciences », in *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 53.

⁴⁵² E. ENRIQUEZ, « Approches du for intérieur », in *Le for intérieur*, PUF, 1995.

⁴⁵³ *TLFi*, v. « Sentiment ».

DURKHEIM, nous avons le sentiment que l'essence de la religion ne se trouve pas dans ce qu'elle propose à l'individu – des dogmes, des valeurs, des rites, des traditions... – mais dans ce qu'elle provoque chez lui⁴⁵⁴. DURKHEIM explique en effet que pour le croyant, « ce qui constitue essentiellement la religion, ce n'est pas une hypothèse plausible ou séduisante sur l'homme ou sur sa destinée ; ce qui l'attache à sa foi, c'est *qu'elle fait partie de son être* »⁴⁵⁵. Là se trouve le sentiment religieux.

En outre, la conviction religieuse se reflète dans le sentiment religieux. Celui-ci en constitue la dimension silencieuse, intérieure et personnelle. Parce qu'il a quelque lien avec la religion, la laïcité interdit que le sentiment religieux ne soit saisi positivement par la loi. La liberté de croyance est absolue et nul ne saurait être forcé de croire en ce qu'il ne veut pas. Et c'est aussi parce que nul ne peut franchir les frontières du for intérieur que l'on a dit de la liberté de conscience, liberté de croire, qu'elle est irréductible. En ce sens le sentiment religieux est insaisissable, ce qui ne revient pas à affirmer qu'il est intouchable.

80. Demeuré dans le secret de la conscience, dans l'intimité du for intérieur, le sentiment religieux constitue la dimension silencieuse de la conviction religieuse. Mais parce qu'il n'est pas intouchable, parce qu'il est possible de l'atteindre, de le provoquer, le sentiment religieux se révèle – y compris devant les tribunaux – par l'atteinte qui lui est portée (**B**).

II. LA REVELATION DU SENTIMENT RELIGIEUX

81. Déjà mentionné par Jules FERRY à propos de la loi sur la laïcité scolaire⁴⁵⁶, le sentiment religieux s'est aussitôt fait une place dans les décisions de justice après l'entrée en vigueur de la loi de 1905. Dès lors que fut posé le principe selon lequel l'instituteur public violant la neutralité scolaire en matière religieuse pouvait engager sa responsabilité personnelle⁴⁵⁷, il appartenait au juge judiciaire de déterminer les situations dans lesquelles l'enseignant outrepassait effectivement son obligation de neutralité. Pour ce faire, la Cour d'appel de Paris considéra dès 1914 :

« que l'école laïque est ouverte à tous les enfants, quelles que soient leurs croyances, qu'elle se désintéresse des questions religieuses, laissant à ce point de vue aux parents le soin de diriger comme ils l'entendent l'éducation de leurs en-

⁴⁵⁴ Pour le philosophe J. LOCKE, c'est dans « la persuasion absolue et intérieure de l'esprit » que se trouve l'essence de la religion (J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, Flammarion, 2007, p. 169).

⁴⁵⁵ E. DURKHEIM, « Le sentiment religieux à l'heure actuelle », *Arch. Sociol. des Rel.*, 1969, 27, p. 73 (nos italiques).

⁴⁵⁶ Cf. la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, et la Circulaire du Ministre de l'Instruction publique, relative à l'enseignement moral et civique dans les Écoles primaires (17 nov. 1883), dite « Circulaire Ferry » du nom de son auteur, v. M. GRÉARD, *La législation de l'instruction primaire en France depuis 1789 jusqu'à nos jours. Recueil des lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, décisions, avis, projets de lois, avec une introduction historique et une table analytique*, 2^e éd., Librairie de MM. Delalain frères, 1899, t. V. De 1879 à 1887, p. 555.

⁴⁵⁷ Trib. des conflits, 2 juin 1908, affaire « Morizot », *D.P.* 1908.3.57.

fants ; que l'instituteur est donc tenu à une grande prudence à cet égard, sous peine de froisser les convictions de ses élèves ou de leurs parents ; que ces principes ont été établis par la loi du 28 mars 1882 et développés par la circulaire du 17 nov. 1883, qui recommande aux instituteurs de parler aux enfants "avec une grande réserve, dès qu'ils risquent d'offenser un sentiment religieux dont ils ne sont pas juges" »⁴⁵⁸.

En reprenant les principes énoncés par la circulaire FERRY, les juges parisiens introduirent dans la littérature judiciaire la question du sentiment religieux des personnes privées. Se pose ainsi la question de la place du sentiment religieux dans le droit : une prise en compte s'impose... Mais dans quelle mesure et à quel titre ? Celle-ci intervint dans un contentieux très diverse : du droit de la famille (4) au droit pénal (2), en passant par les ordonnances de référés (1), le droit de la responsabilité civile (3), le droit des contrats, le droit du travail, ou encore le droit européen des droits de l'homme (5).

1. La révélation du sentiment religieux par le juge des référés

82. La question du sentiment religieux s'est manifestée dans le cadre de l'application de l'article 809 du Code de procédure civile⁴⁵⁹ et de l'appréciation de l'existence d'un trouble manifestement illicite lorsque certaines communautés ou associations religieuses saisissent le juge des référés dans le but de faire cesser ce qu'elles considéraient comme une atteinte aux sentiments religieux de leurs membres⁴⁶⁰. Tel est le cas de l'Association pour la conscience de Krishna qui, en 1977, se plaignait de la diffusion d'un film pornographique représentant l'un des membres du Mouvement « se livrer à des exhibitions érotiques en chantant grotesquement les textes les plus sacrés qui sont la base de cette croyance »⁴⁶¹. Au terme d'un jugement qui ne brille malheureuse-

⁴⁵⁸ CA Toulouse, 26 janv. 1914, *D. P.* 1914. 2. 93 (nous soulignons).

⁴⁵⁹ Cet article a été codifié par le décret n°75-1123 du 5 déc. 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile. Son alinéa premier est ainsi rédigé : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

⁴⁶⁰ Sur l'intérêt légitime à agir des associations contre une publication qui porte atteinte aux sentiments religieux de ses membres, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 sept. 2000, n° 99-10778, *D.* 2000. 297 (à propos d'un livre dont figurait sur la couverture l'image d'une femme nue crucifiée, surmontée de l'inscription « INRI », anagramme latin de *Jesus Nazaremus Rex Iudaeorum* signifiant « Jésus de Nazareth, roi des Juifs ») ; TGI Paris, 21 févr. 2002, *Jurisdata* n° 2002-205891 (à propos de l'affiche du film « Amen » de Costa Gavras qui représentait une croix catholique prolongée par une croix gammée. Le tribunal conclut à la recevabilité de la demande de l'A.G.R.I.F.). Plus généralement, sur la question de l'intérêt à agir des associations, v. T. HASSLER, « Il n'y a pas atteinte à la vie privée lorsque la personne qui s'estime lésée ne subit pas elle-même le manquement reproché, mais est dans une situation analogue. La liberté d'expression dégénère en abus de droit lorsqu'une campagne publicitaire exploite la souffrance des malades du SIDA en affichant des corps humains marqués de la mention HIV », *D.*, 1997, p. 89, note sous TGI Paris, 1^{er} févr. 1995.

⁴⁶¹ TGI Paris, 2 févr. 1977, *JCP* 1977.1.1836. En l'espèce, l'association demanderesse soutenait que la liberté de création prétendument artistique ne saurait justifier la manière injurieuse dont est tournée en dérision une croyance très respectable : était en cause un film pornographique qui représentait un des membres du mouvement pour la Conscience de Krishna « se livrer à des exhibitions érotiques en chantant grotesquement les textes les plus sacrés qui sont la base de cette croyance ».

ment pas par sa neutralité⁴⁶², le tribunal de grande instance de Paris la débouta, jugeant l'atteinte aux sentiments religieux des adeptes du mouvement hautement improbable compte-tenu de leur petit nombre et de leur mode de vie⁴⁶³. La jurisprudence ultérieure précisa la teneur de cette atteinte aux sentiments religieux. En 1984, il fut ainsi jugé que la définition du trouble illicite comprenait l'atteinte *intolérable* aux sentiments religieux⁴⁶⁴. Quatre ans plus tard, la Cour de cassation confirma cette solution, estimant que les atteintes au respect des croyances et des sentiments religieux pouvaient constituer un trouble manifestement illicite, sans que les juges n'aient à rechercher si elles furent portées « dans des circonstances telles qu'elles constitueraient un trouble de gravité exceptionnelle »⁴⁶⁵. Pourtant, en pratique, la place laissée au sentiment religieux s'est précisée : pour que l'atteinte relève du trouble manifestement illicite, les tribunaux ont considéré

⁴⁶² Nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur certains extraits de ce jugement dont la lettre dépasse malheureusement l'office du juge judiciaire et enfreint l'obligation de neutralité qui lui incombe. Ainsi, pour rejeter d'abord le caractère offensant envers Krishna, le tribunal considère-t-il « que l'honneur des dieux plane à des hauteurs où ne sauraient l'atteindre les outrages des pornographes » mais aussi que « l'acte sexuel avec les raffinements qu'a décrits le Kâma-Sûtra, ne revêt pas dans la conscience des fidèles hindouistes le caractère souvent coupable que lui a imprimé la civilisation chrétienne ; qu'il suffit de rappeler d'autre part que l'on attribue à Krishna seize mille épouses et centre quatre-vingt mille fils pour admettre que sa mémoire ne souffrira guère d'avoir été mêlée à quelques manifestations sexuelles complémentaires ». L'atteinte à l'honneur et à la considération du Mouvement est rejetée au motif selon lequel le film ne cause pas d'offense intolérable ou de dommage irréparable. Pour les juges, « la demanderesse n'explique pas ce qui permettrait d'identifier le personnage du film, chanteur de cantique et fornicateur, comme étant un membre de l'Association pour la Conscience de Krishna, le seul fait d'invoquer ce saint nom n'impliquant pas nécessairement l'appartenance audit mouvement ». De plus, « il est probable qu'une infime minorité des amateurs de cinéma pornographique connaît l'existence de Krishna et que, parmi cette élite un peu particulière, aucun sans doute n'éprouvera un sentiment de réprobation à l'encontre des zéloteurs de ce culte au spectacle de dépravation dont lui-même se délecte ». On peut s'étonner du fait que la décision n'ait pas fait l'objet d'une condamnation ultérieure par les juridictions supérieures ou d'une réprobation doctrinale (v. au contraire, l'amusement de certains commentateurs de la décision, à l'instar de R.L. qui écrivait : « Il est des arrêts qui évoquent l'idée de monument. Voici une ordonnance qui montre que s'il se vend rue de la Paix des bijoux de fantaisie qui font l'une des renommées de Paris, il s'en fait parfois de comparables, boulevard du Palais »).

⁴⁶³ La motivation du jugement est ainsi rédigée : « Attendu que si les zéloteurs de Krishna peuvent être légitimement blessés dans leur conscience religieuse par la séquence incriminée, encore faut-il pour cela qu'ils voient le film ; - Or attendu que cette hypothèse est hautement improbable pour ces adeptes dont "l'optique est centrée sur Dieu et qui, selon les statuts, pratiquent une vie simple, en particulier au milieu des communautés rurales" ; que sans doute chaque religion a son contingent de brebis égarées, mais que le nombre d'adorateurs de Krishna exposés à se fourvoyer dans les salles spécialisées du Cinéma Amsterdam-Saint-Lazare où chacun sait que ne fleurit guère la "culture védique", est d'autant plus réduit que les membres de l'Association ne dépassent pas une ou deux centaines selon les indications fournies par leur président ; qu'en outre beaucoup demeurent comme lui à Lucay-le-Mâle (Gironde) au point qu'il est permis de se demander comment ils ont pu être informés du contenu du film "Variations pour le plaisir" ».

⁴⁶⁴ Cf. l'affaire *Ave Maria* : TGI Paris, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.727, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.728 ; *Gaz. Pal.* 1984.2 doct. p. 534, note P. BERTIN. Le tribunal jugea que « la représentation du symbole de la Croix, dans des conditions de publicité tapageuse et en des lieux de passage public forcé, constitue un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact ou colloque singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminé, se voient – hors de toute manifestation de volonté de leur part – nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale, contestable et trompeuse, constitutive, en tout état de cause, d'un trouble manifestement illicite » (nous soulignons). La Cour d'appel estima que les premiers juges avaient « à bon droit admis qu'en application de l'article 809 nouv. du C. Pr. Civ. il leur appartenait en tant que juge de la voie de fait, de consacrer les droits individuels et collectifs dont font état les intimes et intervenants, fondés d'une part sur la liberté d'aller et venir sans risque d'agression ou d'outrage ». V. également TGI Paris, 20 févr. 1997, affaire « Larry Flint », *D.* 1998.132, note HASSLER ; *LPA*, 24 févr. 1997, p. 10, note GRAS ; *LPA*, 23 mai 1997, p. 4.

⁴⁶⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, n° 85-15044, affaire « Je vous salue Marie », renvoyé à CA Dijon, 22 mars 1988, *Jurisdata* n° 1988-050830, *D.* 1989.250 note HASSLER, puis Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1990, *D.* 1990. 26.

qu'elle devait être constitutive d'une « agression brutale et gratuite contre les sentiments et convictions intimes de gens qui n'ont rien fait pour se trouver exposés à cette agression »⁴⁶⁶. L'office du juge étant de s'interroger sur l'existence d'une atteinte illicite et incontestable au droit au respect des croyances, la Cour d'appel de Dijon jugeait ainsi qu'un film n'était pas constitutif d'une telle atteinte dès lors que, d'une part, les personnes pouvaient s'abstenir de s'exposer au trouble qu'elles dénonçaient et que, d'autre part, leur réprobation n'était pas unanime, en l'occurrence chez les catholiques⁴⁶⁷. Cette solution fut réitérée. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, jugeant que le sentiment religieux ne s'inscrivait pas dans la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, considéra-t-elle que le caractère blessant pour la sensibilité religieuse d'une œuvre cinématographique ne pouvait pas justifier, *en soi*, la caractérisation d'un trouble manifestement illicite et donc une restriction à la liberté d'expression. Les juges estimèrent que le risque que soient heurtés les sentiments religieux de « ceux qui, abusés par le titre du film et restés dans l'ignorance de la polémique qu'il a suscitée, viendraient, sans l'avoir voulu, s'exposer à un spectacle de nature à heurter leurs sentiments » pouvait toutefois constituer un dommage imminent qu'il convenait de prévenir par une information spécifique en application de l'article 809 du Code de procédure civile⁴⁶⁸.

83. En réaction à la critique de Raymond LINDON, qui dénonçait une « fâcheuse hypertrophie » des articles 808 et 809 du Code de procédure civile et exprimait sa crainte de voir lesdits articles se transformer en « fourre-tout »⁴⁶⁹, certains tribunaux ont cherché à légitimer leur intervention en conditionnant l'existence du trouble manifestement illicite à la caractérisation d'une diffamation au sens de la loi du 29 juillet 1881. Le tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé, jugeait ainsi dans l'affaire « Amen », que le principe de légalité⁴⁷⁰ exigeait « que toute

⁴⁶⁶ P. BERTIN, « Le juge des référés, protecteur des croyants », *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 534 (nous soulignons).

⁴⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, n° 85-15044, préc. : l'association demanderesse soutenait notamment qu'il n'existe pas de hiérarchie constitutionnelle des libertés et que celle d'expression ne prévalait pas sur celle de conscience, de pensée ou de religion, de sorte qu'il appartient au juge de contrôler et de concilier l'exercice de ces droits subjectifs. La Cour d'appel de Dijon rappela qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si le film litigieux s'analysait en une méditation cinématographique et mystique ou s'il était « une actualisation en une forme poétique et contemporaine du mystère chrétien de la conception virginale de Jésus-Christ et de sa naissance ou si la référence scripturaire n'a été que le prétexte à une ratiocination irrévérencieuse d'où a été occultée la présence divine qui est au cœur des récits évangéliques, au bénéfice de la description d'une situation insolite mais réductrice, incompréhensible mais génératrice de tensions blasphématoires » (cette recherche, indique la Cour, relevant du domaine de la théologie ou de la critique cinématographique). Dix ans plus tard, le TGI de Paris, statuant en référés, se prononça une nouvelle fois sur la diffusion du film litigieux alors programmé sur une chaîne de télévision. Les juges conclurent que cette diffusion ne constituait pas un trouble manifestement illicite (TGI Paris, 7 mai 1997, *D.* 1998. 133, note T. HASSLER et V. LAPP).

⁴⁶⁸ CA Paris, 17 sept. 1988, *Jurisdata* n° 1988-024761, affaire « La dernière tentation du Christ ».

⁴⁶⁹ R. LINDON, *D.*, 1985, p. 528, note sous TGI Paris, 12 mars 1985.

⁴⁷⁰ Le recours au principe de légalité en matière civile sera vivement critiqué par P. MALAURIE, « L'affiche du film "Amen" représentant une "croix catholique prolongée d'une croix gammée" n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite », *JCP G*, 2003, II, p. 10064.

restriction apportée à la liberté d'expression soit inscrite dans le droit positif ; [et] que seule l'existence d'une diffamation au sens de la loi sur la presse serait susceptible de caractériser le trouble [manifestement illicite] »⁴⁷¹. Après avoir procédé à l'analyse détaillée des faits, le tribunal considéra que la preuve que l'affiche représentant une croix chrétienne prolongée par une croix gammée constituait un trouble manifestement illicite n'était pas rapportée. Pourtant, la doctrine s'accorde de tout temps à rappeler que le juge des référés n'est pas saisi du fond, et que la qualification du trouble manifestement illicite doit être superficielle :

« en vertu d'un principe d'indépendance entre le fond et le référé, le juge du provisoire ne devrait pas qualifier les situations de fait au regard de la règle substantielle, mais uniquement en fonction de conditions propres aux différents cas de référés par des appréciations de pur fait »⁴⁷².

En l'occurrence, c'est aux juges du fond qu'il appartenait de se prononcer sur l'existence d'une éventuelle diffamation au sens de la loi de 1881. D'ailleurs, la prise en considération du sentiment religieux s'est aussi manifestée en droit pénal dès lors que la sensibilité de certains croyants avait pu être heurtée par l'exercice de la liberté d'expression d'autrui (2).

2. La révélation du sentiment religieux en droit pénal

84. Le droit pénal dispose de toute une série de dispositions destinées à protéger l'intégrité morale de la personne. D'après Philippe CONTE, celles-ci se répartissent entre les atteintes à l'individualité de la personne, les atteintes à son intimité ou encore les atteintes à *ses sentiments*⁴⁷³. Pour cet auteur, la protection des sentiments intègre, entre autres, l'arsenal de répression des atteintes à l'honneur de la personne (diffamation et injure) ainsi que des atteintes à sa dignité⁴⁷⁴. Si l'isolement d'une catégorie d'infractions pénales sous l'angle de la protection des sentiments permet de mieux souligner la prise en compte des sentiments religieux individuels par le droit pénal⁴⁷⁵, l'étude de l'application jurisprudentielle de ces dispositions en offre la confirmation pratique.

⁴⁷¹ TGI Paris, 21 févr. 2002, *Jurisdata* n° 2002-205891, *JCP G.* 2003.II.10064, note P. MALAURIE. En l'espèce, le tribunal concluait notamment que « seule une lecture fermée du message exprimé par l'affiche litigieuse [pouvait] donner à y voir l'amalgame dénoncé entre la Chrétienté et le nazisme et à y projeter une volonté de scandaliser les sentiments religieux de toute une population ». Le trouble manifestement illicite ne fut pas caractérisé.

⁴⁷² G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, Dalloz, 2006, [th.], p. 205, n° 168 ; v. également S. GUINCHARD, C. CHESNAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32 éd., Dalloz, 2014, p. 1376, n° 2128 ; E. DREYER, « Référé en matière de presse », in *JurisClasseur Communication*, LexisNexis, 2016, n° 105.

⁴⁷³ Selon la classification adoptée par P. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5 éd., LexisNexis, 2016. Nous sommes bien conscientes de la particularité du vocabulaire employé par le Professeur Conte dans cette classification qui ne se retrouve pas dans tous les ouvrages de droit pénal spécial ; cf. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15 éd., Sirey, 2015 ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, 3 éd., Ellipses, 2016.

⁴⁷⁴ On y trouve également la répression des atteintes au sens moral des mineurs et des atteintes à la sûreté morale.

⁴⁷⁵ Sur ce point, v. T. MASSIS, « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », *D.*, 1992, p. 113.

85. Dans la répression des atteintes à l'honneur de la personne, le sentiment religieux apparaît dans la constitution de l'élément matériel des infractions de diffamation ou d'injure. La première, régie par l'article 29 al. 1 de la loi du 29 juil. 1881 condamne « l'imputation à une personne d'un fait déshonorant à ses yeux ou aux yeux des autres »⁴⁷⁶ ; la seconde, gouvernée par l'alinéa 2 du même article, sanctionne quant à elle « toute expression outrageante, termes de mépris ou injurieuse qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Assorties d'une aggravation de peine lorsqu'elles sont motivées par un mobile discriminatoire⁴⁷⁷, l'injure et la diffamation se distinguent du délit de provocation à la haine raciale⁴⁷⁸. Ce dernier ayant « plus pour but d'établir la concorde entre les citoyens plutôt que de protéger l'honneur du sentiment religieux »⁴⁷⁹, il ne sera pas étudié. De plus, parce qu'elles sont sensiblement liées – la Cour de cassation considérant effectivement que « lorsque les expressions outrageantes ou appréciations injurieuses sont indivisibles d'une imputation diffamatoire, le délit d'injure est absorbé par celui de diffamation »⁴⁸⁰ –, les développements subséquents ne les traiteront pas isolément.

86. Le droit de l'injure et de la diffamation a donné lieu à la reconnaissance du sentiment religieux individuel lorsque certains tribunaux ont jugé qu'un outrage à *la religion* – normalement exclu du champ d'application de l'injure et de la diffamation en raison de l'indétermination du destinataire⁴⁸¹ – pouvait être constitutif *par répercussion* d'une injure envers les croyants⁴⁸². Telle fut par

⁴⁷⁶ S. DETRAZ, « Diffamation », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017. L'article susvisé la définit comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ».

⁴⁷⁷ En vertu des articles 32 al. 2 et 33 al. 3 de la loi du 29 juil. 1881 telle que modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1972, la diffamation ou l'injure commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée est punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende tandis que la diffamation ou l'injure seule est punie par l'alinéa 1 du même article d'une amende de 12 000 €.

⁴⁷⁸ Régi par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 tel qu'issu du décret-loi Marchandeu du 21 avr. 1939. V. CA Paris, 9 oct. 1997, *JCP G* 1998.IV.1565 : « S'il est possible, dans un article de presse, de dénoncer les conditions d'abattage rituel de moutons à l'occasion d'une fête musulmane, en montrant son caractère atroce et contraire aux normes sanitaires et que l'on peut l'imputer à la communauté musulmane, il y a délit de provocation à la haine raciale dès lors que l'article en question comporte également des références à une nouvelle invasion présentée comme une menace ; en l'espèce, la présence de la communauté musulmane est assimilée à l'invasion allemande des deux guerres mondiales, et l'article litigieux comporte un appel implicite à un nouveau combat ; de tels propos entraînent donc l'hostilité du lecteur à l'égard d'une communauté religieuse et dépassent la simple critique, dans la mesure où ils constituent une exhortation claire au rejet et à la haine » (nous soulignons). V. plus récemment, Cass. Crim., 4 Juin 2019, n° 18-82742 ; Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-86604.

⁴⁷⁹ T. MASSIS, « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », *D.*, 1992, p. 113.

⁴⁸⁰ Cass. Crim. 3 juin 2014, n° 13-80486 ; Cass. Crim. 2 oct. 2012, n° 12-84932 ; *adde* Cass. Crim. 24 janv. 1995, n° 93-84701.

⁴⁸¹ La loi exige de la diffamation ou de l'injure qu'elles se rapportent à une personne ou à un groupe de personnes déterminé.e ou déterminable. Un outrage à la religion ou à la divinité ne fait en principe pas l'objet d'une sanction pénale (le délit de blasphème a été aboli du système pénal d'Alsace-Moselle depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté) ; *cf.* l'affaire des caricatures de Mahomet dans laquelle les tribunaux ont rappelé que « le blasphème qui outrage la divinité ou la religion, n'y est pas réprimé [en droit français] à la différence

exemple la solution donnée par les juridictions du fond dans l'affaire de « la Cène ». Le juge des référés du TGI de Paris y avait considéré que le droit européen des droits de l'homme en matière de liberté d'expression l'autorisait à sanctionner, voire à prévenir les attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse⁴⁸³. Il s'agissait alors d'examiner si le respect des *sentiments religieux* des catholiques était susceptible d'être atteint par la représentation litigieuse⁴⁸⁴ : une photographie publicitaire de quarante mètres sur onze, en noir et blanc, reproduisant une Cène de Léonard de Vinci dans laquelle on avait substitué onze femmes et un homme (lascif, de dos et torse nu) au Christ et ses apôtres⁴⁸⁵. La Cour d'appel considéra que le dévoiement, à des fins commerciales, d'un des principaux symboles de la religion catholique faisait outrage aux convictions religieuses d'autrui en blessant « le tréfonds le plus intime de l'être »⁴⁸⁶ : les sentiments religieux et la foi des catholiques⁴⁸⁷. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation réfuta la qualification retenue par les juridictions inférieures. En l'appliquant à un symbole religieux, celles-ci avaient conféré à l'injure une portée qui dépassait le champ d'application prévu par la loi : celui d'une attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse. Il aurait fallu en l'espèce mettre en évidence la volonté nette et sans équivoque « d'outrager les fidèles

de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse » (TGI Paris, 22 mars 2007, *Jurisdata* n° 2007-327959, *JCP G* 2007. II. 10079, note E. DERIEUX ; *Dr. pénal* 2007. Comm. 66, obs. A. LEPAGE ; confirmé par CA Paris, 12 mars 2008, n° 07/02873, *Jurisdata* n° 2008-360740). On notera tout de même que dans cette affaire les juges ont considéré que la une litigieuse visait « les intégristes », et non pas l'ensemble des musulmans, et que dès lors elle ne saurait « être considérée comme répréhensible au regard de la prévention » (les juges avaient précisé que le dessin ne pouvait se comprendre que si le terme « islamistes » désignait les plus fondamentalistes des musulmans « qui, par leur extrémisme, amènent le prophète au désespoir en constatant le dévoiement de son message »). V. également Cass. Crim., 9 févr. 1954, *D.* 1954. 679 et Cass. Crim., 22 nov. 1934, *S.* 1936.1 p. 209 : les accusations lancées contre le clergé, pris dans son ensemble, ne constituent pas une attaque suffisamment déterminée pour caractériser la diffamation. En revanche, les accusations lancées contre le clergé d'une paroisse désignée constituent une attaque suffisamment déterminée dès lors que le groupe visé est suffisamment restreint pour que chacune des personnes physiques qui le composent puisse se sentir personnellement mise en cause (Trib. corr. La Rochelle, 31 déc. 1925, mentionné par P. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5 éd., LexisNexis, 2016, p. 286, note 114). Pour la diffamation, cf. Cass. Crim. 19 janv. 1982, n° 80-94058 ; Cass. Crim. 5 mai 1964, n° 61-92126. Pour l'injure, v. Cass. Crim. 12 sept. 2000, n° 99-8228 : « dès lors que l'injure formulée de manière générale vise une pluralité de personnes formant un groupe restreint, chaque membre de ce groupe atteint par l'injure dispose d'un droit individuel à demander réparation du préjudice qui lui a été causé ».

⁴⁸² Ce que certains auteurs ont qualifié de perversion du raisonnement ; en ce sens, E. DREYER, « Injures publiques et non publiques », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.

⁴⁸³ Cf. Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87, spéc. § 48 : la protection du droit des croyants « de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes » peut-être rattachée au but légitime de protection des droits et libertés d'autrui. Si la protection du sentiment religieux peut conduire à limiter l'exercice de la liberté d'expression, c'est toutefois à la condition que l'ingérence motivée par ce but légitime soit nécessaire dans une société démocratique et proportionnée (Conv. EDH, art. 10 § 2).

⁴⁸⁴ TGI Paris, 10 mars 2005, *D.* 2005. 1326, note ROLLAND ; *JCP G*, 2005. II. 10109, note MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 2005.2. Somm. 4322, note VRAY.

⁴⁸⁵ Pour une approche ethnologique des représentations religieuses dans la publicité et le cinéma, v. I. SAINT-MARTIN, « Christ, Pietà, Cène, à l'affiche : écart et transgression dans la publicité et le cinéma », *Ethnologie française*, 2006, n° 1, vol. 36, p. 65.

⁴⁸⁶ P. MALAURIE, « Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G*, 2005, n° II, p. 10109.

⁴⁸⁷ CA Paris, 8 avr. 2005, *D.* 2005.1327 note ROLLAND ; *JCP G* 2005.II.10109 note MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 2005.1.1260 note MALAURIE.

de confession catholique, [ou] de les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience⁴⁸⁸. D'après Philippe MALAURIE :

« il était clair que le régime de l'injure et de la diffamation protégeait mal le respect des croyances, probablement parce qu'elles n'étaient pas faites pour cela »⁴⁸⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'interprétation extensive du champ d'application de l'injure, attentive aux sentiments religieux individuels des membres de communautés religieuses, fut réitérée. On jugea ainsi que la représentation sur un prospectus d'une religieuse associée à l'expression « Sainte Capote, protégez-nous ! » puisse « être ressenti[e] par les catholiques ou du moins par certains d'entre eux comme une offense dirigée contre eux en raison de leurs croyances et de leurs pratiques »⁴⁹⁰. La Cour d'appel était même allée jusqu'à expliquer que « la communauté des catholiques unis par leur foi commune et une croyance dans les dogmes et les règles de leur église, tels qu'exprimés notamment par le pape, constitu[ait] un groupe suffisamment déterminé pour être victime d'injures »⁴⁹¹. Étonnamment, ce n'est pas la caractérisation de l'injure qui fut rejetée par la Cour de cassation mais l'appréciation qu'avaient portée les juges d'appel du caractère excessif de l'expression litigieuse. La Haute juridiction considéra en effet que « si le tract litigieux a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression ». Elle en concluait que la Cour d'appel avait méconnu tant *le sens et la portée des propos incriminés* que le principe selon lequel les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite⁴⁹². Cette décision n'est pas isolée⁴⁹³, et il semble en réalité que les juridictions pénales admettent de plus en plus facilement que les sentiments religieux individuels puissent être heurtés par des propos adressés à une religion ou à un symbole de celle-ci. Néanmoins, le curseur de l'appréciation juridictionnelle s'est déplacé : si le champ d'application de l'injure est effectivement étendu, le seuil d'acceptabilité des propos heurtant la sensibilité de certains croyants serait quant à lui rehaussé⁴⁹⁴. On imagine alors, avec

⁴⁸⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 05-15822 (nous soulignons) ; D. 2007. 2072, note E. DREYER ; JCP G, 2007.II.10041, note MALAURIE.

⁴⁸⁹ P. MALAURIE, « Une affiche publicitaire parodiant un des fondements du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », JCP G, 2007, II, p. 10041. V. en ce sens, E. DERIEUX, « Diffamations, injures et conviction en procès, L'état de la jurisprudence nationale », *Annuaire Droit et religions*, 2005, vol. 1, p. 105.

⁴⁹⁰ La religieuse y était représentée « les épaules nues, les lèvres maquillées, et, dont le regard n'évoquait ni la sainteté, ni la piété, ni la chasteté ». Le visuel créé par l'association de l'image et du texte ne traduisait pas l'alternative « chasteté ou préservatif » mais créait, selon les juges, « un amalgame provocateur et de mauvais goût » suscitant de surcroît « l'idée d'un certain anticléricalisme » (CA Toulouse, 12 janv. 2005, *Jurisdata* n° 2005-266400).

⁴⁹¹ CA Toulouse, 12 janv. 2005, *op. cit.*

⁴⁹² Cass. Crim. 14 févr. 2006, n° 05-81932, *Dr. pénal* 2006. Comm. 67, obs. M. VÉRON.

⁴⁹³ V. par exemple pour la communauté juive : Cass. Ass. Plén., 16 févr. 2007, n° 06-81785 (affaire *Dieudonné M'Bala M'Bala*). Pour les adeptes de la religion musulmane : TGI Paris, 22 oct. 2002, *Gaz. Pal.* 2003.2.3069 note BASTINI (affaire *Sté des Habous et lieux saints de l'islam c/ M. Houellebecq*).

⁴⁹⁴ Ce qui ne fait pas pour autant de la liberté d'expression un droit absolu ; cf. Cour EDH [déc.], *M'Bala M'Bala c. France*, 20 oct. 2015, req. n° 25239/13 (application de l'article 17 de la Conv. EDH emportant irrecevabilité de la demande de Dieudonné fondée sur l'article 10) ; v. H. SURREL, « La Cour de Strasbourg donne une leçon de droits

Jacques FRANCILLON, que le véritable critère de l'injure lorsque la religion et les convictions sont en cause reposerait sur « une double idée de gravité et de proportionnalité : plus la diatribe est violente ou suscite la violence, et plus la blessure est profonde ; plus l'on s'éloigne du débat d'idées, et plus l'attaque devient personnelle »⁴⁹⁵. De façon plus générale, on observe que l'appréciation de l'existence du caractère excessif des propos tenus ou de l'attitude adoptée au nom de la liberté d'expression joue un rôle de plus en plus important dans le raisonnement du juge pénal français, tant au stade de la caractérisation de l'infraction⁴⁹⁶ que de la recherche d'un fait justificatif⁴⁹⁷.

87. La protection des sentiments en droit pénal révèle, par le truchement des atteintes à l'honneur, la reconnaissance juridique du sentiment religieux. En outre, l'atteinte au sentiment

de l'homme à Dieudonné », *JCP G*, 2015, n° 51, p. 1405. V. également J. FRANCILLON, « Caricatures de Mahomet : une décision équilibrée », *RSC*, 2007, p. 564 pour qui la tendance en droit interne est favorable à la liberté d'expression. En ce sens, A. LEPAGE, « Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée », *Dr. pénal*, 2007, n° 5, comm. 66 ; J.-C. MAGENDIE, « Charlie Hebdo, la laïcité et la protection des croyances », *JCP G*, 2015, n° 3, p. 43.

⁴⁹⁵ J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC*, 2006, p. 625.

⁴⁹⁶ Cf. Cass. Ass. Plén., 16 févr. 2007, n° 06-81785 (affaire *Dieudonné M'Bala M'Bala*) : « l'affirmation "les juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première", ne relève pas de la libre critique du fait religieux, participant d'un débat d'intérêt général mais constitue une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine, dont la répression est une restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique ». V. également TGI Paris, 22 oct. 2002, *op. cit.* (affaire *Sté des Habous et lieux saints de l'islam c/ M. Houellebecq*) : écrire que « l'islam est la religion la plus con » ne revient nullement à affirmer ni à sous-entendre que tous les musulmans devraient être ainsi qualifiés ; ce propos ne renferme aucune volonté d'invective, de mépris, ou d'outrage envers le groupe de personnes composé des adeptes de la religion considérée » ; TGI Paris, 22 mars 2007, *op. cit.* (affaire des *caricatures de Mahomet*), à propos des deux premières caricatures. V. notamment le commentaire d'E. DERIEUX sous cette décision, discutant la qualification de l'injure ; E. DERIEUX, « L'affaire des "Caricatures de Mahomet" : liberté de caricature et respect des croyances », *JCP G*, 2007, II, p. 10079.

⁴⁹⁷ V. sur ce point l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 15 février 2017 (n° 15/01363), confirmé par la Cour de cassation (Cass. Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81618, *Dr. pén.*, 2019, n° 4, comm. P. CONTE). En l'espèce, une activiste Femen comparaisait du chef d'exhibition sexuelle (Code pénal, art. 222-32) pour avoir exhibé sa poitrine dénudée portant l'inscription « 344^{ème} salope », puis mimé l'avortement de Jésus à l'aide d'un foie de bœuf sanguinolent, le tout coiffée d'un voile bleu et d'une couronne à l'image de la Vierge Marie, dans l'église de la Madeleine à Paris. La Cour d'appel conclu à la caractérisation du délit d'exhibition sexuelle : sur le plan matériel, l'exhibition des seins dénudés était bien imposée à la vue d'autrui, qui plus est, relève la Cour, au sein « d'un édifice religieux, lieu de prière et de recueillement, à l'entrée duquel il est rappelé l'obligation pour toute personne qui pénètre dans les lieux, qu'il soit croyant, athée ou agnostique, d'observer une tenue décente ». L'élément intentionnel était difficilement contestable : la prévenue s'était faite accompagner de journalistes pour faire relayer « utilement et efficacement » l'information de ses agissements qui étaient motivés par la volonté « d'offenser la pudeur d'autrui et notamment des catholiques, opposés à l'avortement et menant dans certains pays des campagnes anti-avortement ». La Cour d'appel s'était ensuite livrée à l'appréciation du fait justificatif invoqué (l'exercice par la prévenue de l'exercice de son droit à la liberté d'expression), autrement dit à l'examen de la proportionnalité de la poursuite pénale. Ces poursuites, indique la Cour, ne visaient en aucun cas « à la priver de sa liberté d'expression et de son droit de manifester ses opinions politiques, mais bien à réprimer une exhibition sexuelle, inadmissible dans un lieu de culte et à protéger la sensibilité religieuse des fidèles directement visés par cette action » (nous soulignons). L'exercice de sa liberté d'expression rencontrait la liberté de religion. Parce qu'elle avait eu pour conséquence de porter « gravement atteinte à la liberté de penser d'autrui comme de la liberté religieuse en général », le droit à la liberté d'expression de l'intéressée ne pouvait constituer un fait justificatif au délit d'exhibition sexuelle pour lequel elle fut déclarée coupable. V. D. GOETZ, « Activisme des Femen et délit d'exhibition sexuelle : la construction d'une jurisprudence », *Dalloz actu.*, 31 mars 2017 ; D. MAZEAUD, « Seins versus Saints », *JCP G*, 2017, n° 14, p. 361. V. également TGI Paris, 22 mars 2007, *Juridata* n° 2007-327959 (affaire des *caricatures de Mahomet*), à propos de la troisième caricature.

religieux parce qu'elle est susceptible de générer un préjudice moral, peut aussi engager la responsabilité civile de celui qui la cause (3).

3. La révélation du sentiment religieux en droit de la responsabilité civile délictuelle

88. L'article 1382 du Code civil (1240 nouv.) conditionne l'engagement de la responsabilité civile à l'existence d'un dommage, qu'il soit matériel ou moral⁴⁹⁸. D'emblée, c'est par le biais du dommage incorporel réparable que le sentiment religieux semblait pouvoir se manifester en ce domaine. Parfaitement admis en jurisprudence mais critiqué en doctrine parce que son indemnisation traduirait une « commercialisation de la douleur morale »⁴⁹⁹, le préjudice moral est défini comme « une atteinte aux sentiments »⁵⁰⁰, comme un préjudice « que chaque victime ressent dans son for intérieur »⁵⁰¹. La nature même du préjudice moral laisse supposer que l'atteinte aux sentiments peut tout à fait porter sur une partie du tréfonds intime de la personne telle que ses sentiments religieux⁵⁰².

89. Parce qu'il n'est point de responsabilité civile sans fait générateur ni lien de causalité, encore faut-il qu'un tel dommage moral soit la conséquence d'un fait dommageable⁵⁰³. Dans les questions d'atteinte au sentiment religieux, l'analyse s'est placée sous l'angle du fait personnel et de la recherche du comportement fautif de l'auteur du dommage.

Dans les cas impliquant liberté d'expression et sentiments religieux, on considéra d'abord que le droit commun pouvait réparer les atteintes fautives aux sentiments religieux. Par exemple, la

⁴⁹⁸ Cass. Civ. 13 févr. 1923, *D. P.* 1923.I.52, note LALOU : l'article 1382 anc. « s'applique, par la généralité de ses termes, aussi bien au dommage moral qu'au dommage matériel ».

⁴⁹⁹ P. ESMEIN, « La commercialisation du dommage moral », *D.*, 1954, chron. p. 113.

⁵⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016, v. « Préjudice » ; L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1998.

⁵⁰¹ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, 2014, p. 273, n° 334.

⁵⁰² V. en ce sens CA Lyon, 9 mars 2006, *Jurisdata* n° 2006-299087 : pour la cour, le fait pour l'ex-mari de refuser de remettre le gueth à son ex-épouse constitue un préjudice moral certain en raison de l'atteinte aux sentiments religieux et de l'impossibilité d'envisager une nouvelle union. V. également CA Paris 15 févr. 2017, n° 15/01363, préc. : dans le cadre de l'affaire de l'activiste Femen qui s'était introduite dans l'église de la Madeleine, la Cour d'appel considéra que l'atteinte à l'affectation culturelle générerait un préjudice moral pour le desservant de l'église, lequel représentait l'ensemble des fidèles affectés par cet événement.

⁵⁰³ Une certaine partie de la doctrine a toutefois remarqué le recours automatique au préjudice moral pour réparer les atteintes fautives aux droits de la personnalité (L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.*, 2013, p. 275). Dans sa thèse, A. GODEFROY s'interroge en outre sur le lien de cause à effet entre préjudice moral et violation d'un droit subjectif. Il déduit de cette automaticité qu'une autonomisation du préjudice moral est nécessaire, celui-ci ne devant être « que la sanction d'un non-respect au droit de la personnalité » (A. GODEFROY, *Les préjudices psychologiques en droit de la responsabilité civile*, [th. Aix-Marseille : 2016], p. 154). Dans une telle hypothèse, il va de soi que toute atteinte aux sentiments religieux pourrait être sanctionnée sur le terrain civil au nom du respect des droits de la personnalité. *Contra* F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 220 : les auteurs refusent aux sentiments la qualité de droit de la personnalité, préférant les qualifier d'intérêts légitimes dont la lésion ouvre à la victime des actions civiles.

Cour d'appel de Paris jugea que la publication d'une illustration de nature à heurter les sentiments religieux d'un certain nombre de croyants constituait une faute engageant la responsabilité de la société éditrice⁵⁰⁴. En l'espèce, l'offense résultait, pour le spectateur, de la seule image d'une femme dénudée associée au symbole de la croix et figurant sur des affiches placardées tant sur les kiosques à journaux qu'en page de couverture d'un magazine. En l'absence d'infraction pénale, le sentiment religieux pouvait ainsi bénéficier d'une protection autonome sous l'angle du droit commun de la responsabilité civile. Une telle solution permettait de réparer le dommage moral généré par des propos non constitutifs d'infractions au sens de la loi de 1881 mais qui heurtaient, choquaient ou blessaient la sensibilité religieuse d'autrui. La Cour de cassation mit fin au développement de cette forme de dénigrement « civil »⁵⁰⁵. Statuant en assemblée plénière, elle consacra le caractère spécifique des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 et considéra que les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par ladite loi ne pouvaient être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁵⁰⁶. Cette stratégie de refoulement de l'article 1382 et de clôture de la loi de 1881⁵⁰⁷, approuvée par une grande partie de la doctrine⁵⁰⁸, était d'ailleurs allée jusqu'à évin-

⁵⁰⁴ CA Paris, 3 juil. 1995, *Jurisdata* n° 1995-023289 et 1995-603708, *JCP* 1996.II.22601 : « Si la question de la place de la femme dans les religions constitue un débat d'idées sur lequel un magazine est libre de s'exprimer et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'arbitrer, la publication de l'image représentant une femme dénudée associée au symbole de la croix est, par sa présence incongrue et racoleuse, de nature à heurter les sentiments religieux d'un certain nombre de croyants ». V. également CA Paris, 13 oct. 1992, *Jurisdata* n° 1992-023690 (en l'espèce, la faute civile n'est pas établie dès lors que le seul fait allégué de « tourner des figures spirituelles en dérision » ne constitue pas un abus de liberté d'expression : la représentation caricaturale des images pieuses litigieuses ne visait, indique la Cour, ni à porter atteinte à la liberté des opinions religieuses, ni à jeter le discrédit sur ceux qui s'en réclament).

⁵⁰⁵ Le dénigrement est un acte de concurrence déloyale constitutif d'un délit civil relevant de l'ancien article 1382 (1240 nouv.) du Code civil. Classiquement, il est compris comme le fait de « jeter le discrédit sur un concurrent en critiquant ses produits ou sa personnalité, afin de détourner sa clientèle » (V. VALETTE-ERCOLE, « Dénigrement ou diffamation ? », *D.*, 2008, p. 672) ; il est un moyen de perturber la concurrence normale (Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, *D.*2008.672 note VALETTE-ERCOLE). Le fait de sanctionner un dénigrement étranger à toute idée de concurrence déloyale a été décrit par E. DREYER sous le terme de dénigrement « civil », et correspondrait à la qualification sous l'angle de la faute de propos ne relevant pas de la loi de 1881 (E. DREYER, « Droit de la presse et droits de la personnalité », *D.*, 2011, p. 780).

⁵⁰⁶ Cass. Ass. Plén., 12 juil. 2000, n° 98-10160, *D.* 2000. 463, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 2000.I.280, note G. VINEY. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de considérer que l'action en réparation fondée sur l'article 1382 du Code civil n'était recevable qu'à la condition que les faits mêmes invoqués à l'appui de cette action soient distincts de ceux qui constituent les infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 (Cass. Civ. 2^{ème}, 28 janv. 1999, n° n° 96-16992, *Jurisdata* n° 1999-000445). Pour la jurisprudence postérieure, v. Cass. Civ. 2^e, 10 mars 2004, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 80, obs. A. LEPAGE ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 févr. 2006, *Jurisdata* n° 2006-032047 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, *Jurisdata* n° 2006-033361 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, *Jurisdata* n° 2008-042510 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 2008, *Jurisdata* n° 2008-044272 ; Cass. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, *Jurisdata* n° 2008-045187 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, *Légipresse* 2012. 31, note G. LÉCUYER ; *Gaz. Pal.*, 2012, p. 12, obs. F. FOURMENT ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2013, *Jurisdata* n° 2013-022845 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2013, *Jurisdata* n° 2013-022846 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2014, *Jurisdata* n° 2014-000707, *JCP G*, 2014, p. 384, note E. RASCHEL.

⁵⁰⁷ Le doyen Carbonnier la décrivait d'ailleurs comme un « système juridique clos », exclusif dans la sanction des abus de liberté d'expression ; J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, chron. 119.

⁵⁰⁸ V. C. BIGOT, « Le point sur l'application des articles 53 et 55 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 devant la juridiction civile », *Gaz. Pal.*, 1996, n° II, doct. p. 828 ; P.-Y. MAYAUD, « Les abus de la presse ou la part respective des responsabilités pénal et civile », *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 120 ; C. ROJINSKY, « L'autonomie inachevée du droit de la presse », *Légipresse*, 2002, II, p. 85 ; P. GUERDER, *L'évolution récente de la jurisprudence civile en matière de presse*, Rapp. annuel de la Cour de cassation, 1999, pour qui : « Ce texte général [l'article 1382] ne peut être invoqué comme fondement de la demande en réparation de faits constitutifs d'une infraction de presse. Il ne peut pas davantage être

cer totalement le droit de la responsabilité civile des « abus de la liberté d'expression envers les personnes »⁵⁰⁹. Elle ravit autant qu'elle déçu. D'un côté, on regretta que de nombreuses victimes soient privées de leur droit à réparation par l'exclusion de toute action civile autonome⁵¹⁰. De l'autre, on fut satisfait que le recours à la faute civile soit évincé de la sanction des abus de liberté d'expression... pour des raisons tenant à l'articulation des normes, mais aussi par crainte de la généralité de la formule de l'article 1382, propice à une trop grande marge de manœuvre⁵¹¹. Ce cantonnement aurait eu pour conséquence de faire disparaître de notre droit positif un droit fondamental de la personnalité – le droit au respect des croyances⁵¹² – et de créer « un vide juridique pour la protection du sentiment religieux »⁵¹³. Si l'article 1382 n'est plus en mesure de garantir une telle protection, l'atteinte au respect des croyances pourrait s'analyser sous l'angle de la violation d'un droit garanti par l'article 1^{er} de la Constitution.

90. Le contentieux du droit de la famille a lui aussi son lot de références au sentiment religieux (4).

4. La révélation du sentiment religieux en droit de la famille

91. Le sentiment religieux comme clause de conscience⁵¹⁴ : le cas de la clause d'exceptionnelle dureté. Abrogé en 2004, l'ancien article 240 du Code civil organisait une fin de

invoqué à titre subsidiaire, pour échapper aux contraintes de la loi de 1881. Son domaine résiduel devrait être extérieur à la matière de la presse ». *Contra*, E. DERIEUX, « Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 2, étude 4 (qui considère que l'éviction de l'article 1382 prive les victimes de leur droit à réparation) ; S. MARTIN-VALENTE, « La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'assemblée plénière du 12 juillet 2000. Approche critique », *Legipresse*, 2003, II, p. 71 ; J. RAVANAS, « Liberté de la presse et responsabilité civile : l'illusion d'une hiérarchie des normes en conflit », *D.*, 1997, p. 268. V. également E. RASCHEL, « L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression », *JCP G*, 2014, n° 13, p. 384. On pourrait toutefois s'interroger sur la compatibilité d'un tel cloisonnement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Radio France c. France*, celle-ci avait effectivement considéré que la responsabilité civile de la société requérante pouvait être engagée pour des propos diffamatoires diffusés sur les ondes de radios qu'elle gérait, et que cette responsabilité trouvait son fondement dans l'article 1382 du Code civil (Cour EDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004, req. n° 53984/00, § 30).

⁵⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 sept. 2005, *Jurisdata* n° 2005-029905.

⁵¹⁰ E. DERIEUX, « Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 2, étude 4.

⁵¹¹ Cf. B. DE LAMY, « L'article 34 de la loi sur la liberté de la presse est le seul applicable lorsque des propos mettent en cause un défunt », *JCP G*, 2007, II, p. 10010 : « Le risque est grand de voir standardisée la liberté d'expression qui vit du pluralisme des analyses et des points de vue, par le recours à l'article 1382 du Code civil et de chercher une faute, ce qui procède d'un jugement de valeur, dans une matière où règnent les opinions, c'est-à-dire la subjectivité ».

⁵¹² Qu'elles soient religieuses ou non ; cf. TGI Paris, 23 oct. 1984, *D.* 1989. Somm. 19 (saisine du juge des référés par le cinéaste en vue de faire interdire la diffusion de son film *Thérèse* un vendredi saint, une telle diffusion heurtant sa conscience laïque).

⁵¹³ T. MASSIS, « Le droit au respect des croyances, un droit fondamental de la personnalité ? », *LEGICOM*, 2015/2, n° 55, p. 53.

⁵¹⁴ L'auteur de ces lignes est consciente que cette qualification peut être sujette à débat (cf. CA Besançon, 24 juin 1986, *D.* 1986. 32 : la clause de dureté n'est pas une clause de conscience). Néanmoins, c'est justement pour cette

non-recevoir au divorce pour rupture de la vie commune. L'époux ayant rapporté que « le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté » pouvait, en application de cet article, faire obstacle à la demande de divorce. C'est par le jeu de cette « clause d'exceptionnelle dureté » et dans le cadre d'une jurisprudence contrastée d'abord, puis affirmée qu'a pu se manifester le sentiment religieux avant que l'article 240 ne soit rayé du droit positif. Par exemple, tandis qu'une Cour d'appel jugeait qu'en dépit de la séparation de la loi civile et du sacrement religieux, « l'objection tirée des sentiments religieux de l'une des parties a cependant sa portée, et mérite d'être prise en considération »⁵¹⁵, une autre statuait tout à fait à l'inverse en considérant que « les scrupules religieux, quelque respectables qu'ils fussent, ne sauraient être utilement invoqués contre une mesure... uniquement destinée à mettre fin à une action sanctionnée par la loi civile... »⁵¹⁶. Un article de Christian ATIAS recense les décisions rendues de 1972 à 1984 en matière de divorce, et analyse les solutions données par les tribunaux au regard des convictions religieuses⁵¹⁷. On y apprend que sur cinquante-quatre décisions analysées, la clause de dureté a été de nombreuses fois invoquée sur le fondement du sentiment religieux ou des convictions religieuses⁵¹⁸, mais que l'un ou l'autre sont difficilement suffisants à justifier seuls une opposition au divorce. Pourtant, on ne s'étonnait déjà plus en doctrine que la manifestation sentiment religieux puisse entraîner l'application de l'article 240 du Code civil⁵¹⁹. Certains commentateurs con-

raison que l'emploi de l'expression « clause de conscience » confère un intérêt au propos subséquent dès lors qu'il ne s'agit pas de dire que le sentiment religieux entraîne automatiquement l'application de l'article 240, mais qu'il n'est toutefois pas exclu du domaine de la clause de dureté.

⁵¹⁵ CA Caen, 13 nov. 1942, *D.C.* 1944.88 (nous soulignons).

⁵¹⁶ CA Paris, 23 juil. 1943, *D.C.* 1944. 88, note CARBONNIER (2^e espèce).

⁵¹⁷ C. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP G*, 1984, I, p. 3151.

⁵¹⁸ Décisions ayant prononcé une fin de non-recevoir sur le fondement de l'article 240 C.Civ. et eu égard aux convictions religieuses : TGI Perpignan, 29 févr. 1984, *D.S.* 1985, note SÉRIAUX ; CA Douai, 25 févr. 1983, *Jurisdata* n° 1983-040536 et 1983-043768 (l'allégation des convictions religieuses est jugée inopérante en raison de l'absence de célébration d'un mariage religieux ; toutefois, l'attachement de la femme à l'indissolubilité du mariage est pris en compte dans la caractérisation de l'exceptionnelle dureté) ; CA Rennes, 6 janv. 1983, *Jurisdata* n° 1983-640190 (l'obstacle religieux n'est pas à lui seul tenu pour exceptionnel. La clause de dureté est justifiée par l'état pathologique de l'épouse conjugué à son âge et à ses principes religieux) ; CA Paris, 16 mars 1978, *Jurisdata* n° 1978-245203. Décisions ayant rejeté la fin de non-recevoir : CA Toulouse, 23 juin 1981 (« la jurisprudence n'a jamais retenu les convictions religieuses interdisant le divorce »), cassé par Cass. Civ. 2e, 14 avr. 1983, *Jurisdata* n° 1983-700694 (qui rappelle que les juges doivent mener une appréciation empirique au vu des circonstances de chaque espèce) ; CA Rennes, 10 mai 1982, *Jurisdata* n° 1982-041581 ; CA Paris, 28 oct. 1981, *Jurisdata* n° 1981-029594 ; CA Paris, 26 mai 1981, *Jurisdata* n° 1981-028496 ; CA Paris, 10 mars 1981, *Jurisdata* n° 1981-024239 ; CA Paris, 19 mai 1980, *Jurisdata* n° 1980-097341 (« les convictions religieuses ne sont pas prises en considération par la loi ») ; CA Paris, 29 oct. 1980, *Jurisdata* n° 1980-098680, Cass. Civ. 2e, 16 juil. 1979, *Jurisdata* n° 1979-099218 ; CA Paris, 25 sept. 1978 ; TGI Boulogne-sur-Mer, 15 avr. 1977, *Jurisdata* n° 1977-761089 ; *Gaz. Pal.*, 1977.2.410 note BRAZIER (le caractère purement subjectif du sentiment religieux interdit au juge d'en apprécier la force et la sincérité ; la violation des convictions religieuses n'apparaît pas de nature à avoir de graves répercussions sur la santé ou l'état mental de l'épouse) ; TGI Boulogne-sur-Mer, 1^{er} avr. 1977, *Jurisdata* n° 1977-760978.

⁵¹⁹ A. COLOMBET, « La clause de dureté dans le divorce pour rupture de la vie commune », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 139 ; P. BARBIER, « Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'art. 240 c. civ. », *Gaz. Pal.*, 1987, I, p. 2.

sidéraient même que la jurisprudence faisait « toute sa place en matière de divorce pour rupture de la vie commune au sentiment religieux du conjoint abandonné »⁵²⁰.

92. Le sentiment religieux comme qualité essentielle. Dans une démarche tout à fait inverse, certains époux ont fait prévaloir leurs sentiments religieux au soutien d'une demande en nullité du mariage. La première décision mettant en exergue une forme de sentiment religieux est un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 6 décembre 1811 dans lequel une épouse, de confession catholique, demandait l'annulation pour erreur dans la personne du mariage qu'elle avait contracté, sans le savoir, avec un ancien frère-lai capucin⁵²¹. Au soutien de sa prétention, la demanderesse expliquait que son respect pour les dogmes du culte catholique l'aurait empêchée, si elle avait su, d'épouser un religieux profès. La Cour d'appel accéda à sa demande et prononça la nullité du mariage. Par la suite, les juges furent saisis de demandes en nullité pour erreur sur les qualités essentielles d'époux déçus qui découvraient soit que leur conjoint était prêtre⁵²² ou qu'il avait entretenu une liaison antérieure poursuivie après le mariage⁵²³, qui ignoraient que celui-ci s'était précédemment trouvé dans les liens d'un mariage religieux⁵²⁴, ou encore qui s'étaient mépris sur l'intensité de ses convictions religieuses⁵²⁵. Jusqu'au début des années 2000, ces demandes furent accueillies avec une facilité traduisant la prise en compte prédominante d'un critère subjectif :

⁵²⁰ J. VILLACÈQUE, *D.*, 1988, p. 5 (jurisprudence), note sous Cass. civ. 2e, 9 juil. 1986 et CA Montpellier, 16 févr. 1987. V. également, J. VILLACÈQUE, « Divorce pour 1 rupture de la vie commune. Demande du mari. Débouté (oui). Clause d'exceptionnelle dureté fondée sur les convictions religieuses de l'épouse défenderesse. Caractérisation (oui). C. civ., art. 240. Application. », *JCP G*, 1991, II, p. 21764, note sous CA Colmar, 23 nov. 1990.

⁵²¹ CA Colmar, 6 déc. 1811, *S.* 1811, 2, p. 588.

⁵²² CA Agen, 6 juill. 1860, *S.* 1860, 2, p. 353 : la Cour conclut à la nullité du mariage.

⁵²³ TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP* 1986. II. 20573, note LEMOULAND : En l'espèce, la femme souhaitait contracter une union durable, en conformité avec les sentiments religieux qui l'animaient. Il s'est avéré que son époux ne partageait pas ses aspirations religieuses, préalable pourtant indispensable à l'engagement de son épouse. Celui-ci entretenait une liaison avec une autre femme, et n'avait pas l'intention de remettre en cause cette liaison après le mariage. Le Tribunal estima que l'épouse avait été abusée sur une des qualités essentielles de son conjoint et qu'elle n'aurait certainement pas consenti au mariage en connaissance de cause. Pour le TGI, « cette erreur portait d'autant plus sur une qualité essentielle que la victime était animée de sentiments religieux profonds ». V. également Cass. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 02-21259, *AJ fam.*, 2006. 75, obs. CHÉNEDÉ (en l'espèce, la relation avait duré sept ans et s'était terminée le matin même des noces. La Cour de cassation estime que les juges du fond ont souverainement estimé que l'épouse, quelles que soient ses convictions religieuses, ne rapportait pas la preuve qu'elle n'aurait pas contracté mariage si elle avait eu connaissance de la relation passée de son mari).

⁵²⁴ TGI Basse-Terre, 25 oct. 1973, *D.* 1974. Somm. 44 : le tribunal conclut à la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne. V. aussi Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924, 2, p. 201 ; Trib. civ. Seine, 4 mars 1951, *JCP G* 1953, II, 23405 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 96-10498, *Jurisdata* n° 1997-005192 (le fait pour le mari d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, avait entraîné une erreur sur les qualités substantielles de la personne ; cette circonstance était déterminante de son consentement pour l'épouse qui, désirant contracter un mariage religieux, entendait par là même, épouser une personne non divorcée) ; CA Angers, 5 déc. 1994, n° 96-10498, *Jurisdata* n° 1994-053583.

⁵²⁵ CA Paris, 20 déc. 2001, *Jurisdata* n° 2001-162552 : l'épouse arguait que son consentement au mariage était déterminé par l'attachement de son futur époux aux principes de la religion juive. Elle lui reproche de l'avoir trompée sur ce point. La demande est rejetée. La Cour d'appel considère que l'épouse ne rapporte pas la preuve que son mari l'ait trompée sur l'intensité de ses convictions religieuses. V. aussi CA Paris, 7 avr. 1995, *Jurisdata* n° 1995-021662 (le mari ne démontre pas que les convictions religieuses de sa femme revêtaient pour lui une importance déterminante de son consentement).

celui du caractère déterminant du consentement, ce que la doctrine n'a pas manqué de critiquer⁵²⁶. Pour la majorité des auteurs, c'est une combinaison de critères objectifs et subjectifs que l'article 180 al. 2 impose : une correcte application dudit article requiert de rechercher que l'erreur porte sur une qualité abstraite et essentielle du mariage (la fidélité, la communauté de vie...) et qu'elle ait été subjectivement déterminante du consentement de l'époux⁵²⁷. C'est donc par le truchement de la condition subjective que le sentiment religieux peut trouver une place dans le droit des nullités du mariage.

93. À la diversité de domaines dans lesquels le sentiment religieux s'est révélé, il en restait un, incontournable et important : celui du droit européen des droits de l'homme (5).

5. La révélation du sentiment religieux en droit européen des droits de l'homme

94. Le sentiment religieux apparaît dans le droit européen des droits de l'homme en 1982, lorsque la Commission EDH eut à se prononcer sur la conformité à la Convention EDH de la répression pénale du blasphème au Royaume-Uni⁵²⁸. *Grosso modo*, la question qui fut posée était celle de savoir si le fait pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes constituait un droit garanti par la Convention susceptible d'être érigé en but légitime à une ingérence dans la liberté d'expression ; et, le cas échéant, dans quelle mesure ce but légitime pouvait justifier des atteintes admissibles à celle-ci. Pour admettre que la mesure répondait au but légitime de protection des droits d'autrui, la Commission, bien que réunie en assemblée plénière, énonça ainsi que :

« l'infraction de diffamation blasphématoire, telle qu'interprétée dans la "common law" applicable, vise surtout à protéger le droit des citoyens de ne pas voir leurs sentiments religieux offensés par des publications »⁵²⁹.

Toute la décision est rédigée de sorte qu'elle n'aurait pas eu vocation à acquérir une quelconque portée générale, et c'est d'ailleurs probablement pour cette raison qu'il n'y est quasiment jamais

⁵²⁶ V. en ce sens, H. FULCHIRON et P. MALAURIE, *Droit de la famille*, 5 éd., LGDJ, 2016, p. 130, n° 183 ; J.-J. LEMOULAND, « Nullité. C. civ., art. 180. Futur mari. Liaison cachée à la future épouse. Intention de rompre (non). Fiançailles et mariage religieux. Sentiments religieux profonds. Erreur sur une qualité essentielle (oui). Erreur déterminante (oui). Nullité (oui) », *JCP N*, 1986, p. 101280. Pour une critique de l'affaiblissement de la prise en compte abstraite de l'individu, v. R. LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 575.

⁵²⁷ Sur ce point, v. H. FULCHIRON et P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 130, n° 183.

⁵²⁸ Com. EDH [plén.], *X. Ltd et Y. c. Royaume-Uni*, 7 mai 1982, req. n° 8710/79. À l'origine de l'affaire se trouvait la publication, dans un périodique destiné principalement aux homosexuels, d'un poème que les juridictions nationales avaient décrit comme « censé décrire en détail des actes de sodomie et de fellation sur le corps du Christ immédiatement après sa mort et attribuant au Christ durant sa vie sur terre des pratiques homosexuelles en groupe avec les apôtres et d'autres hommes ».

⁵²⁹ Com. EDH [plén.], *X. Ltd et Y. c. Royaume-Uni*, préc., § 11 (nous soulignons).

fait référence en doctrine ou en jurisprudence⁵³⁰. La Commission y laisse même entendre qu'il est évident que le blasphème soit pénalement réprimé puisque l'État a admis la nécessité de protéger les sentiments religieux de ses citoyens. Pour la Commission en effet,

« le fait d'ériger le blasphème en infraction pénale ne suscite en soi aucun doute quant à sa nécessité : si l'on admet que les sentiments religieux du citoyen méritent protection contre les attaques jugées indécentes sur des questions que l'intéressé estime sacrées, on peut alors également juger nécessaire, dans une société démocratique, de stipuler que ces attaques, lorsqu'elles atteignent une certaine gravité, constituent une infraction pénale dont la personne offensée peut saisir le juge »⁵³¹.

Au terme d'un bref contrôle de proportionnalité, la requête fut déclarée irrecevable pour défaut manifeste de fondement⁵³². Cette solution peut s'expliquer de deux façons : soit la Commission s'est abritée derrière les particularités du droit national pour éviter d'élaborer de solution européenne en matière de blasphème, soit elle a considéré machinalement qu'il « tombe sous le sens »⁵³³ que le blasphème puisse justifier la restriction à la liberté d'expression par une sanction pénale⁵³⁴.

95. C'est à partir de l'arrêt *Otto-Preminger-Institut* que la protection du sentiment religieux par la Cour européenne des droits de l'Homme s'est véritablement affirmée et précisée. Dans le cadre de cette affaire qui mettait en cause la saisie et la confiscation d'un film blasphématoire, la Cour orienta son contrôle sur la mise en balance, par les autorités nationales, des articles 9 et 10 de la Convention : le second en ce qu'il garantit le « droit à la liberté artistique », le premier en son volet « droit au respect des convictions religieuses »⁵³⁵. Le gouvernement autrichien justifiait l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression par deux buts légitimes : la « défense de l'ordre » et la « protection des droits et libertés d'autrui », parmi lesquels en l'occurrence le droit au respect des sentiments religieux.

⁵³⁰ C'est en règle générale à l'arrêt *Otto-Preminger-Institut* qu'il est fait référence, v. *infra* n° 95.

⁵³¹ Com. EDH [plén.], *X. Ltd et Y. c. Royaume-Uni*, préc., § 12 (nous soulignons).

⁵³² Cette cause d'irrecevabilité consiste pour la Commission, puis pour la Cour, de rechercher « si les faits allégués révèlent *prima facie* une apparence de violation » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 359).

⁵³³ C'est ainsi que s'apprécierait le caractère mal-fondé d'une requête ; cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 360.

⁵³⁴ La requête est déclarée irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

⁵³⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87, § 45. Le film litigieux était l'adaptation d'une pièce de théâtre, interdite en Allemagne depuis 1895 (l'auteur de la pièce, Oscar Panizza, y avait été condamné pour « crimes contre la religion »). Selon la Cour EDH, « Le film dépeint le dieu des religions juive, chrétienne et islamique comme un vieil homme, apparemment sénile, qui se prosterne devant le diable, échange avec lui un baiser profond et l'appelle son ami. Il le présente également comme jurant par le diable. D'autres scènes montrent la Vierge Marie permettant qu'on lui lise une histoire obscène et la manifestation d'une certaine tension érotique entre elle et le diable. Jésus-Christ adulte est campé comme un débile mental profond et une scène l'exhibe tentant lascivement de caresser les seins de sa mère et d'y poser des baisers, ce qu'à l'évidence elle tolère. Le film montre Dieu, la Vierge Marie et le Christ en train d'applaudir le diable » (§ 22).

Sans aller jusqu'à paralyser le droit de critique religieuse⁵³⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme considéra que son exercice peut, selon la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une dénégation ou d'une opposition, « aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer »⁵³⁷ et qu'en conséquence il incombe aux États d'assurer la jouissance paisible du droit garanti à l'article 9 de la Convention⁵³⁸. Battant en brèche l'idée selon laquelle les mots ne s'érigent en barrière que lorsqu'ils sont associés à des actes et que la parole, lorsqu'elle n'est pas assortie de menaces, n'interfère pas dans l'exercice positif de la liberté de religion, les juges européens affirmèrent que l'article 9 de la Convention garantit le droit au respect des sentiments religieux⁵³⁹. Celui-ci intègre alors le panel des « droits et libertés » dont la protection constitue un but légitime à la restriction d'autres droits et libertés⁵⁴⁰ : l'atteinte aux sentiments religieux peut désormais justifier une restriction à la liberté d'expression. Le critère retenu pour caractériser l'atteinte réside dans une lecture globale des dispositions de la Convention et s'incarne dans la « violation malveillante de l'esprit de tolérance » caractéristique des sociétés démocratiques⁵⁴¹. Sans difficultés, la Cour estime qu'en l'espèce le respect des sentiments religieux des croyants a été atteint par le contenu du film litigieux, notamment parce que des objets de vénération religieuse y étaient représentés de manière provocatrice.

Cela étant, il revenait ensuite à la Cour de déterminer dans quelle mesure le droit au respect des sentiments religieux pouvait justifier une restriction de la liberté d'expression. Fondement essentiel d'une société démocratique⁵⁴², la liberté d'expression bénéficie dans le droit européen des droits de l'homme d'une protection étendue tant les restrictions qui lui sont imposées doivent faire l'objet d'une interprétation étroite⁵⁴³. Or, en l'espèce, la Cour tire du paragraphe 2 de l'article 10 une obligation inhérente au contexte particulier des opinions et croyances religieuses : celle pour les États d'éviter, dans la mesure du possible, les expressions gratuitement offensantes pour autrui et qui ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès

⁵³⁶ Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ne comporte pas pour l'individu le droit d'être à l'abri de l'expression de points de vue religieux pour la simple raison qu'ils sont différents des siens (Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, req. n° 44179/98, § 72).

⁵³⁷ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87, § 47.

⁵³⁸ *Ibid.*, § 47 : « la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'État, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti à l'article 9 ». La mise en balance de la liberté d'expression avec le droit à une paisible jouissance de la liberté de religion sera mise en application par le TGI de Paris, à l'occasion de l'affaire des « Caricatures de Mahomet » (TGI Paris, 22 mars 2007, *Jurisdata* n° 2007-327959). Le tribunal y adopte une motivation tout à fait similaire, dans la lettre comme dans l'esprit, à celle de la Cour européenne en la matière.

⁵³⁹ La Cour ne fait aucune référence à la décision rendue par la Commission plus de dix ans auparavant.

⁵⁴⁰ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 47.

⁵⁴¹ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 47.

⁵⁴² Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, § 49.

⁵⁴³ Cour EDH, [plén.], *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avr. 1979, req. n° 6538/74, § 65 ; en ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 813, n° 543.

du genre humain⁵⁴⁴. En isolant le contexte des opinions et croyances religieuses, la Cour construit une distinction entre les convictions de type religieux et les autres, telles que les convictions politiques qui ne bénéficient pas d'un tel encadrement. Bien au contraire : l'article 10 § 2 « ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique »⁵⁴⁵. On éprouve le sentiment que cette distinction part d'un constat, implicite, selon lequel les convictions religieuses ont notamment pour caractéristique d'être plus sensibles à la critique⁵⁴⁶. Sur ces entrefaites, c'est une large marge d'appréciation que la Cour décide de conférer aux États : faute de pouvoir discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société, il est impossible de déterminer exhaustivement les limites admissibles à la liberté d'expression lorsqu'elle rencontre la liberté de religion et qu'elle s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui⁵⁴⁷. Cette perspective, si elle a pour conséquence d'introduire dans la sphère juridique européenne une protection du sentiment religieux (v. **Annexe**), aurait pour certains mené au primat contestable de celle-ci sur la liberté d'expression artistique⁵⁴⁸. De fait, c'est une plus grande marge d'appréciation qui est depuis octroyée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression « sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion »⁵⁴⁹.

Il faudra attendre 1997, et l'arrêt de la Commission *Dubowska c. Pologne*, pour que le droit au respect des sentiments religieux soit explicitement transféré de l'article 10 vers l'article 9 de la Convention. Jusqu'alors analysé comme limite à la liberté d'expression, celui-ci y fut reconnu comme impliquant l'obligation positive des États de garantir un respect effectif de l'article 9 de la Convention⁵⁵⁰.

⁵⁴⁴ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, préc., § 49.

⁵⁴⁵ Cour EDH [G.C.], *Surek c. Turquie (n° 1)*, 8 juil. 1999, req. n° 26682/95, § 61.

⁵⁴⁶ P. ROLLAND, « La critique, l'outrage et le blasphème », *D.*, 2005, p. 1326 ; Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, préc., § 77 : « The Court does not, however, consider that the same public sensitivities and issues of neutrality arise in the case of religious advertisements and those concerning, for example, commercial services, goods or products ».

⁵⁴⁷ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, préc., § 50. Comp., Cour EDH [plén.], *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., § 59 ; la Cour distingue l'ampleur de la marge d'appréciation octroyée aux États selon le but légitime invoqué : « A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu ».

⁵⁴⁸ V. F. SUDRE, et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8 éd., PUF, 2017, p. 713, n° 59.21. V. également R. DIJOUX, « La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne », *Les Cahiers de droit*, 2012, n° 4, vol. 53, p. 861 ; l'auteure y explique que derrière l'apparente régression du droit à la liberté d'expression face au droit au respect des sentiments religieux, la Cour européenne construit en réalité une jurisprudence d'équilibre. V. également sous l'arrêt Cour EDH [G.C.], *Leyla Saban c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, l'opinion dissidente de la juge F. TULKENS qui estime que « la Cour est allée très (peut-être trop) loin dans la protection des sentiments religieux » depuis l'arrêt *Otto-Preminger*.

⁵⁴⁹ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, req. n° 17419/90, § 58.

⁵⁵⁰ Com. EDH [plén.], *Dubowska c. Pologne*, 18 avr. 1997, req. n° 33490/96, 34055/96 ; v. également Com. EDH [déc.], *Kubalska et Kubalska-Holuj c. Pologne*, 22 oct. 1997, req. n° 35579/97.

Toutefois, la jurisprudence subséquente semble délaisser la notion de « sentiments religieux » au bénéfice de celle de « convictions intimes »⁵⁵¹, ou de « croyances religieuses »⁵⁵². Nonobstant l'abandon de l'expression, la protection de ce qui, jadis, portait le nom de « sentiments religieux », demeure. Dans l'arrêt *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, relatif au droit à l'instruction (art. 2-P1), la Cour fait implicitement référence aux sentiments religieux des parents lorsqu'elle rappelle qu'il incombe aux autorités nationales de « veiller avec le plus grand soin à ce que les convictions religieuses et philosophiques des parents ne soient pas heurtées [...] par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif » de l'enseignant⁵⁵³. Il est évident qu'en l'occurrence les enseignements suivis par les enfants ne sont pas de nature à entraver la manifestation de leurs convictions religieuses par les parents, mais qu'elle est susceptible de les heurter, et donc par là-même d'atteindre leurs sentiments religieux. Aussi, la protection contre les expressions « gratuitement offensantes pour autrui » et qui constituent une atteinte à ses droits (*i.e.* comprenant le droit au respect des sentiments religieux) demeure dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁵⁵⁴.

96. Désormais, le sentiment religieux figure à de nombreuses reprises dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (v. **Annexe**). En englobant, au nom de la jouissance paisible de la liberté de conscience et de religion, le droit au respect des sentiments religieux, la Cour européenne des droits de l'Homme organise elle aussi une protection de l'intime religieux qui ne peut se révéler que lorsqu'il lui est porté atteinte⁵⁵⁵. Comment savoir en effet qu'un sentiment a été heurté si l'offense en question n'a pas donné lieu à une revendication de l'offensé ?

97. Nous sommes consciente de ce qu'expliquait Danièle LOCHAK en 1995 : parce que la conscience dicte les comportements, « la thèse qui consiste à distinguer entre la liberté d'adhésion à des opinions ou des convictions et la liberté de manifester cette adhésion extérieurement est devenue minoritaire »⁵⁵⁶. On pourrait en effet nous opposer que la révélation du sentiment religieux par la revendication judiciaire constitue *de facto* une manifestation de la croyance, à partir du moment où ce n'est pas le juge judiciaire qui, de lui-même, cherche à identifier ce sentiment chez

⁵⁵¹ V. par exemple Cour EDH, *Kutlular c. Turquie*, 29 avr. 2008, req. n° 73715/01, § 45.

⁵⁵² V. par exemple Cour EDH, *Öllinger c. Autriche*, 29 juin 2006, req. n° 76900/01, § 39.

⁵⁵³ Cour EDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 oct. 2007, req. n° 1448/04, § 53 (nous soulignons) ; cf. Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 déc. 1976, req. n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, § 53.

⁵⁵⁴ V. par exemple Cour EDH, *Mehmet Cevher Ilban c. Turquie*, 13 janv. 2009, req. n° 15719/03, § 36.

⁵⁵⁵ V. P. ROLLAND, « La critique, l'outrage et le blasphème », *D.*, 2005, p. 1326 qui déduit de l'arrêt *Otto-Preminger* le droit de ne pas se voir insulté ou offensé dans ses convictions, au nom de la protection de l'intime.

⁵⁵⁶ D. LOCHAK, « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 186.

la personne qui se présente à lui. C'est d'ailleurs pour cette raison que le sentiment religieux ne justifie pas toujours la restriction d'autres libertés – en particulier la liberté d'expression – et que lui-même a pour bornes l'exercice par autrui de leurs libertés. Il nous a cependant semblé fondamental à la compréhension de la notion de « convictions religieuses » de faire la distinction entre ce qui relève du sentiment et ce qui relève de sa manifestation extérieure – individuelle ou collective (**Section 2**). Si tout sentiment s'exteriorise et ce faisant s'extrait de l'intimité de la conscience, c'est néanmoins en elle qu'il trouve sa source. D'ailleurs, le droit européen des droits de l'homme entérine un volet négatif à la manifestation des convictions religieuses : celui de « ne pas être obligé de manifester sa confession ou ses convictions religieuses » ainsi que celui « de ne pas être obligé d'agir en sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions »⁵⁵⁷. Aussi nous considérons, à la suite d'Eugène ENRIQUEZ, que « notre rapport à l'autre et au monde nous est donné en même temps que notre rapport à nous-même »⁵⁵⁸, et qu'il est nécessaire de conserver la distinction du sentiment et de la manifestation.

« C'est autour de ce noyau troublé et fréquemment fissuré que se constitue l'individu, être clôturé, défensif, se protégeant constamment mais, en même temps et *du fait même de sa clôture*, ouvert à la splendeur du monde »⁵⁵⁹.

*

*

*

⁵⁵⁷ Cour EDH, *Dimitras et autres c. Grèce*, 3 juin 2010, req. n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08, § 78.

⁵⁵⁸ E. ENRIQUEZ, « Approches du for intérieur », in *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 16.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 13.

SECTION 2 - L'EXTERIORITE DE LA CONVICTION RELIGIEUSE : LE COMPORTEMENT RELIGIEUX

« Une liberté qui ne s'exprimerait pas serait illusoire »⁵⁶⁰.

98. Le comportement religieux, expression de la conviction religieuse. Vincente FORTIER conçoit le comportement religieux comme la conséquence du choix religieux et l'extériorisation du sentiment religieux⁵⁶¹. S'ils sont liés par une relation de cause à effet, il nous a semblé que le comportement religieux exprimait la conviction religieuse ; qu'il en représente la part visible. C'est-à-dire qu'une conviction religieuse se traduirait d'un côté par un sentiment (qui en constitue une émanation), et de l'autre par un comportement (qui en constitue une manifestation).

L'intérêt pour les comportements religieux s'est manifesté en sociologie sous l'influence du Doyen LE BRAS qui, dès 1931, appela à ce que l'on s'intéresse à l'état de la pratique du catholicisme en France⁵⁶². Au terme d'une enquête de près de dix ans, il esquissait les traditions juridiques, administratives et humaines de la pratique religieuse dans l'*Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*⁵⁶³. Sa recherche, échelonnée sur un quart de siècle et répartie au sein d'une soixantaine d'articles, fut compilée dans ses *Études de sociologie religieuse*. On y découvre que l'auteur avait élaboré une véritable typologie sociologique du comportement religieux⁵⁶⁴. Cette section se propose, pour identifier l'aspect extérieur des convictions religieuses, d'élaborer une modeste typologie du comportement religieux dans le champ juridique⁵⁶⁵ ; et plus précisément, d'en repérer les manifestations au sein de la jurisprudence judiciaire⁵⁶⁶. Contrairement à l'œuvre du Doyen LE BRAS, cette typologie ne sera pas scalaire, c'est-à-dire échelonnée en fonction de l'intensité de

⁵⁶⁰ E. MICHELET, « Religion et droit pénal », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 475 (voir p. 487).

⁵⁶¹ V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961.

⁵⁶² G. LE BRAS, « Pour un examen détaillé et pour une explication historique de l'état du catholicisme dans les diverses régions de France », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1931, p. 415.

⁵⁶³ G. LE BRAS, *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*, PUF, 1942, t. I et G. LE BRAS, *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*, PUF, 1945, t. II.

⁵⁶⁴ La typologie, élaborée selon une logique scalaire, échelonnait les pratiques religieuses en fonction de leur intensité : le *non pratiquant*, le *conformiste saisonnier*, le *pascatin*, l'*observant*, et enfin le *dévo*t. Pour un approfondissement de cet typologie, v. par exemple R. GOLDSTEIN, « Types de comportement religieux et cadres sociaux dans deux paroisses catholiques anglais », *Revue française de sociologie*, 1965, p. 58.

⁵⁶⁵ L'auteur de ces lignes ne prétend pas maîtriser la méthode de la typologie telle qu'elle est employée en sociologie.

⁵⁶⁶ Il ne s'agit pas ici de rechercher d'éventuelles manifestations religieuses de la part des magistrats mais d'identifier celles des parties.

la pratique religieuse, mais portera sur les différentes formes de comportement religieux *ayant été portés dans le champ d'appréciation des juridictions judiciaires*⁵⁶⁷.

99. Pour ce faire, le droit européen des droits de l'homme s'est présenté comme un préalable indispensable. Celui-ci, parce qu'il garantit explicitement le droit de manifester sa religion ou ses convictions, constitue un complément essentiel aux dispositions françaises qui ne mentionnent que la liberté de conscience et le respect des croyances. L'analyse des comportements religieux, en ce qu'ils nous sont apparus comme l'extériorisation des convictions religieuses d'un individu, passera donc nécessairement par le prisme du droit européen des droits de l'homme. Cette clef de lecture nous semble d'autant plus nécessaire que l'article 9 de la Convention EDH fait mention des diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction – le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites – et que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que « le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses »⁵⁶⁸. Tout en gardant à l'esprit que n'importe quel comportement ne bénéficie pas de la protection de l'article 9 de la Convention, et que la Cour EDH a, à cet effet, élaboré des conditions d'applicabilité⁵⁶⁹, le propre de cette section sera de relever les différents types de comportements religieux qui ont été jugés comme constitutifs de la manifestation d'une religion ou d'une conviction.

100. De plus, parce qu'il ressort de l'article 9 de la Convention EDH que la liberté de religion implique celle de manifester sa religion « individuellement ou collectivement », notre typologie sera construite sur une première distinction tenant au caractère soit individuel (**I**) soit collectif (**II**) du comportement religieux. Pour chacune de ces catégories, le propos se divisera en deux étapes : l'identification des différents comportements religieux à la lumière des dispositions de l'article 9 de la Convention EDH et la recherche de ces comportements dans la jurisprudence judiciaire française.

I. LE COMPORTEMENT RELIGIEUX INDIVIDUEL

⁵⁶⁷ Il existe en effet un nombre incalculable de comportements religieux différents, et tous ne terminent certainement pas sur les bureaux des magistrats.

⁵⁶⁸ Cour EDH, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99, § 114.

⁵⁶⁹ Tout acte motivé ou influencé par une conviction n'est pas systématiquement considéré comme une manifestation de celle-ci au sens de l'article 9 (Cour EDH [déc.], *Skugar et autres c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04). L'acte en question doit être l'expression directe d'une conviction, et être étroitement lié à la religion ou à la conviction (Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, § 82). Pour déterminer l'applicabilité de l'article 9, la Cour est ainsi amenée à décider, d'une part, si les croyances du requérant relèvent des convictions protégées au sens de cet article, et si, d'autre part, la conduite du requérant peut être considérée comme l'expression directe de ces convictions dont il requiert la protection (Cour EDH [déc.], *Skugar et autres c. Russie*, préc.).

101. À partir des documents élaborés par la division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'Homme, plusieurs types de comportements religieux individuels peuvent être regardés comme tels dans la jurisprudence élaborée à Strasbourg. À l'exception du droit de ne pas révéler ou de ne pas pratiquer une religion, qui a précédemment été mentionnée pour décrire les sentiments religieux, plusieurs formes de comportement religieux individuels sont identifiables : le refus de soins ou de traitements médicaux, l'observation de préceptes alimentaires, le port de vêtements ou de symboles religieux, l'éducation des enfants, le prosélytisme et la prédication et l'objection de conscience. L'étude de la jurisprudence française révélera qu'un autre type de comportements peut être ajouté à la liste : le respect des jours de fêtes religieuses⁵⁷⁰. L'ensemble de ces comportements peut se diviser selon deux formes : des comportements qui tantôt expriment (A), tantôt opposent (B) un mode de vie lié aux convictions religieuses de l'individu.

A. L'expression d'un mode de vie

102. L'expression d'un mode de vie découlant de convictions religieuses se traduit par l'adoption de signes (1) et de conduites (2) distinctifs. C'est par ces différentes manifestations que la conviction religieuse devient, par ailleurs, objectivement identifiable.

1. L'adoption de signes distinctifs

103. **Le port de vêtements ou de symboles religieux.** Ce type de comportement fait l'objet d'un contentieux abondant aussi bien en droit français qu'en droit européen des droits de l'homme. Parce qu'une « société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui », le port d'un vêtement ou d'un signe religieux est entendu par la Cour européenne des droits de l'Homme comme la manifestation d'une conviction religieuse protégée par l'article 9 § 1 de la Convention EDH⁵⁷¹. Ont été considérés comme tels les vêtements et signes les plus notoires, comme le port d'une croix chrétienne en pendentif⁵⁷², le port du turban sikh⁵⁷³, le port du foulard islamique⁵⁷⁴,

⁵⁷⁰ Sur cette question, la Cour EDH s'en remet au principe de subsidiarité des États.

⁵⁷¹ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 94 ; la Cour considère que le port d'un signe ou d'un vêtement religieux constitue la manifestation de la conviction religieuse de l'intéressée sous la forme d'un culte, d'une pratique et d'un rite (§ 89).

⁵⁷² Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc. V. également, Cour EDH, *Lautsi c. Italie*, 3 nov. 2009, req. n° 30814/06 (le symbole du crucifix a une signification religieuse prédominante).

⁵⁷³ Cour EDH [déc.], *Phull c. France*, 11 janv. 2005, req. n° 35753/03 ; Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 12 juil. 1978, req. n° 7992/77.

plus récemment le port d'une calotte wahhabite/salafiste⁵⁷⁵, mais également les plus inhabituels tels qu'une tenue religieuse composée d'un bâton, ainsi que d'un turban, d'un « salvar » et d'une tunique noirs⁵⁷⁶. Devant la Cour EDH, certains vêtements ou symboles récurrents sont même presque automatiquement regardés comme constitutifs de la manifestation d'une conviction religieuse dès lors qu'ils ont été invoqués comme tels ; dans ces cas, la Cour passe très rapidement sur l'examen d'applicabilité de l'article 9⁵⁷⁷.

En droit français, il a été régulièrement question du port de signes ou vêtements religieux, même si les débats gravitent depuis presque trente ans autour du « foulard islamique ». Les « voiles de la discorde »⁵⁷⁸ à l'école publique, la « burqattitude »⁵⁷⁹, le port du foulard – ou même, plus récemment, une barbe trop longue – dans l'entreprise privée, sont toutes autant de problématiques qui ont été portées devant les juges au point de susciter l'intervention du législateur à plusieurs reprises⁵⁸⁰. Terrain largement balisé, il ne fait pas de doute que la sphère judiciaire voit le port de signes ou de vêtements religieux comme caractéristiques d'un comportement religieux par excellence⁵⁸¹. Selon les cas, c'est tantôt le vêtement lui-même, tantôt le comportement qui lui était associé qui constitue la manifestation d'une religion ou d'une conviction religieuse. Aussi, la loi de 2004 a-t-elle été appliquée à des tenues vestimentaires telles qu'un bonnet, un bandana ou une

⁵⁷⁴ Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabın c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98 (La Cour y généralise presque le port du foulard islamique comme la manifestation d'une conviction religieuse : « Selon la requérante, en revêtant un foulard, elle obéit à un précepte religieux et, par ce biais, manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane. Dès lors, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour partira du principe que la réglementation litigieuse, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, a constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion » ; Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 31 juil. 2014, req. n° 43835/11 (foulard islamique intégral ; le caractère minoritaire ou contesté de cette pratique est sans incidence sur le fait qu'elle constitue la manifestation d'une conviction religieuse).

⁵⁷⁵ Cour EDH, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, 7 déc. 2017, req. n° 57792/15.

⁵⁷⁶ Cour EDH, *Abmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 févr. 2010, req. n° 41135/98.

⁵⁷⁷ Tel est le cas du foulard islamique, cf. Cour EDH [déc.], *El Morsli c. France*, 4 mars 2008, req. n° 15585/06 : « La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, le port du foulard peut être considéré comme “un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction religieuse” » ; Cour EDH [déc.], *Kurtumulus c. Turquie*, 24 janv. 2006, req. n° 65500/01 ; Cour EDH [déc.], *Dablab c. Suisse*, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98 ; Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05, § 47 ; Cour EDH [déc.], *Gamaleddyn c. France*, 30 juin 2009, req. n° 18527/08 et Cour EDH [déc.], *Aktas c. France*, 30 juin 2009, req. n° 43563/08 (foulard islamique remplacé par un bonnet ou un bandana) ; Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, 26 nov. 2015, req. n° 64846/11, § 47 (port du voile). V. aussi pour le turban sikh, Cour EDH [déc.], *Mann Singh c. France*, 13 nov. 2008, req. n° 24479/07 ; Cour EDH [déc.], *Ranjit Singh c. France*, 30 juin 2009, req. n° 27561/08 (*keski* sikh substitué au turban).

⁵⁷⁸ « Le voile de la discorde 1989 : l'affaire des foulards de Creil », *Affaires sensibles*, Podcast France Inter, 18 mai 2015.

⁵⁷⁹ Selon l'expression de F. ROME, « La “burqattitude” », *D.*, 2009, p. 1585.

⁵⁸⁰ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics) ; loi n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 (dissimulation du visage dans l'espace public) ; loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (possible inscription du principe de neutralité dans le règlement intérieur des entreprises en vue de restreindre la manifestation des convictions des salariés).

⁵⁸¹ V. par ex. CA Versailles, 18 avr. 2019, n° 18/021898 : « Le port d'un signe religieux, comme le voile, relève donc de la liberté religieuse et ne peut, par lui-même, faire l'objet d'une restriction au seul motif que le port d'un tel signe pourrait déranger les convictions d'autres personnes ».

jupe longue dont l'aspect religieux fut déduit de leur caractère ostensible dans un cas particulier⁵⁸². À l'inverse, c'est le vêtement seul, celui qui dissimule le visage dans l'espace public, que la loi de 2010 a interdit⁵⁸³.

104. Le signe ou le vêtement religieux peut aussi s'analyser en un comportement prosélytique passif, limité à l'apparence. Ainsi que l'explique Vincente FORTIER, « le signe produit un effet prosélytique par le fait même qu'il donne à voir l'appartenance religieuse, qu'il est le support de l'extériorisation des convictions religieuses »⁵⁸⁴. La Cour EDH reconnaît en ce sens l'effet prosélytique de certains signes religieux tels que le port du foulard islamique⁵⁸⁵. Néanmoins, parce que cet effet prosélytique dépend largement des circonstances entourant le port du signe ou du vêtement, ce type de comportement devrait pouvoir se distinguer du prosélytisme et de la prédication qui, dans le cadre de la manifestation des convictions religieuses, se présentent davantage comme des comportements actifs destinés à répandre la foi ou à l'enseigner.

105. Le port d'un prénom religieux. Les juges européens n'ont encore jamais été saisis d'une requête relative au port d'un prénom religieux sous l'angle de l'article 9. Ils ont néanmoins considéré que le choix du prénom de leur enfant par des requérants ne relevait pas d'une manifestation, par les pratiques, d'une conviction au sens de l'article 9 de la Convention EDH⁵⁸⁶. En l'espèce, les parents n'avaient pas avancé de motivation religieuse au soutien de leur prétention, si bien que l'on peut se demander si la solution aurait pu être différente s'ils avaient avancé des convictions religieuses ? En droit français, la solution est clairement affirmée et il est admis que les convictions religieuses peuvent s'extérioriser par des éléments d'identification civile de la personne, et notamment par le prénom. Les juridictions judiciaires françaises connaissent en effet

⁵⁸² CE, réf., 19 mars 2013, n° 366749 (longue jupe noire couvrant un pantalon et large bandeau masquant une grande partie des cheveux).

⁵⁸³ L'auteure ne souhaite pas débattre des intentions ayant animé le législateur dans la rédaction de cette loi que l'on connaît surtout comme la loi « anti-burqa »... V. P. DE COMBLES DE NAYVES, « La Chambre criminelle jette le voile sur la Convention européenne », *AJ Pénal*, 2013, p. 400.

⁵⁸⁴ V. FORTIER, « Le prosélytisme au regard du droit : une liberté sous contrôle », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, 2008, n° 3, en ligne : <<http://journals.openedition.org/cerri/144>>.

⁵⁸⁵ Cour EDH, [déc.], *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98 : « Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves ». Selon J.-F. FLAUSS, la Cour EDH y établit quasiment une présomption irréfragable de prosélytisme (J.-F. FLAUSS, « Liberté religieuse », *AJDA*, 2001, p. 480, note sous Cour EDH, [déc.], *Dahlab c. Suisse*, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98).

⁵⁸⁶ Com. EDH [déc.], *Salonen c. Finlande*, 2 juil. 1997, req. n° 27868/95 : les requérants arguaient, en sus d'une violation du droit au respect de la vie privée, que le refus des autorités nationales d'enregistrer le nom « Ainut Vain Marjaana » emportait violation de l'article 9 de la Convention. Les requérants n'arguaient toutefois pas de convictions religieuses mais de convictions éthiques.

tout un contentieux relatif aux demandes de changement de prénom pour motif religieux. À cette occasion, la Cour d'appel d'Orléans affirma ainsi expressément que le port d'un prénom musulman constituait l'exercice par le requérant de la liberté de manifestation de sa foi religieuse⁵⁸⁷.

En tout état de cause, le décalage entre la solution française et la solution européenne s'explique finalement par le fait que cette dernière n'a jamais été saisie d'une telle question, contrairement à la première. Difficile toutefois d'imaginer qu'elle en juge autrement dans l'hypothèse où elle aurait à trancher : le choix du prénom peut constituer, comme la religion, un élément essentiel de l'identité de certains croyants.

106. L'extériorisation par l'individu de ses convictions religieuses peut donc se manifester par l'apparence : dans la façon de se vêtir comme dans la façon de se faire appeler, l'individu peut exprimer un choix de vie qui s'accorde avec ses convictions religieuses. Ce choix peut également s'exprimer par la conduite de l'intéressé (2), par ses agissements et son attitude.

2. L'adoption d'une conduite distinctive

107. L'observation de préceptes alimentaires. Ce type de pratique religieuse est caractéristique de divers mouvements religieux qui enjoignent leurs fidèles à respecter un certain nombre d'interdits et de prescriptions alimentaires. On pense évidemment à l'interdiction du porc, aux repas confessionnels *casher* et *halal* ou encore aux repas végétariens. Ce type de comportement religieux est constitutif d'une « pratique » au sens de l'article 9 § 1 de la Convention EDH, et peut se manifester tant à l'échelle individuelle que collective – *i.e.* lorsqu'un individu respecte lui-même des préceptes alimentaires ou lorsqu'une association représentant une communauté de croyants organise la production de subsides respectueux des préceptes de la religion dont elle se revendique⁵⁸⁸.

Devant les juges européens, il fut question de l'observation individuelle de préceptes alimentaires à plusieurs reprises. L'essentiel du contentieux en la matière concerne le droit des détenus à manifester leur religion ou leurs convictions⁵⁸⁹. Plusieurs affaires concernent ainsi des détenus juifs orthodoxes se plaignant de ne pas avoir régulièrement bénéficié de nourriture *casher*⁵⁹⁰. Si

⁵⁸⁷ CA Orléans, 23 janv. 1992, *Jurisdata* n° 1992-041527, *JCP* 1993.II.22065, note E. DE MONREDON.

⁵⁸⁸ Sur l'aspect collectif de ce comportement religieux, v. *infra* n° 122s.

⁵⁸⁹ V. par exemple trois affaires communiquées Cour EDH, *Kudranski c. Pologne*, 21 sept. 2016, req. n° 59038/11 ; Cour EDH, *Balik c. Pologne*, 21 sept. 2016, req. n° 10531/12 ; Cour EDH, *Pakiela c. Pologne*, 22 févr. 2017, req. n° 74683/13. V. aussi Cour EDH, *Vartic c. Roumanie* (n° 2), 27 déc. 2013, req. n° 14150/08 ; Cour EDH, *Savež Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, 9 déc. 2010, req. n° 7798/08.

⁵⁹⁰ Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 5 mars 1976, req. n° 5947/72 : Le requérant reprochait aux autorités nationales de ne pas avoir respecté ses convictions religieuses et de l'avoir empêché de les manifester en ne mettant pas suffisamment à sa disposition des menus confessionnels. La Commission européenne des droits de l'homme conclut

c'est à l'occasion de l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* que la Cour européenne des droits de l'Homme affirma expressément que l'observation de préceptes alimentaires pouvait s'analyser comme un élément essentiel de la pratique de la religion⁵⁹¹, c'est l'arrêt *Jakobski c. Pologne* qui entérina l'aspect individuel de ce type de manifestation religieuse. Il y fut jugé que le respect de préceptes alimentaires, en l'espèce l'adhésion à un régime végétarien, tombait sous le coup de l'article 9 § 1 de la Convention EDH lorsqu'il est motivé ou inspiré par une religion⁵⁹².

108. En droit français, l'observation individuelle de préceptes alimentaires religieux fait principalement l'objet d'un contentieux en droit administratif relatif au service public de l'alimentation scolaire, hospitalière, pénitentiaire, etc.⁵⁹³. En pratique, des plats de substitution au porc y sont servis, mais généralement la préparation de menus *halal* ou *casher* est écartée⁵⁹⁴. Le Conseil d'État a toutefois expressément repris les principes du droit européen des droits de l'homme en considérant qu'au sens de l'article 9 de la CEDH et de l'article 18 du PIDCP, « l'observance de prescriptions alimentaires peut être regardée comme une manifestation directe de croyances et pratiques religieuses »⁵⁹⁵.

Les juridictions judiciaires connaissent de ce type de comportement religieux essentiellement en droit de la famille, notamment lorsque des prescriptions alimentaires sont imposées à un enfant par son parent, contre l'avis de l'autre⁵⁹⁶. Dans ce genre de situations, le régime alimentaire de l'enfant relève du droit à l'éducation religieuse des parents, étant entendu qu'en cas de séparation les juridictions œuvrent au maintien des options prises durant la vie commune⁵⁹⁷. Il peut ainsi

à l'irrecevabilité de sa requête au motif selon lequel les autorités avaient fait leur possible pour respecter les convictions du requérant : celui-ci s'était vu offrir un régime *casher* végétarien que le Grand rabbin, consulté spécialement sur cette question, avait approuvé. V. aussi Com. EDH, *S. c. Royaume-Uni*, 7 mars 1990, req. n° 13669/88.

⁵⁹¹ Cour EDH [G.C.], *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95, § 73.

⁵⁹² Cour EDH, 7 déc. 2010, *Jakobski c. Pologne*, req. n° 18429/06, § 45, RSC 2011. 221, note J.-P. MARGUÉNAUD.

⁵⁹³ V. cependant CA Chambéry, 18 mars 2003, *Jurisdata* n° 2003-215646 (à propos de la restauration collective en entreprise) ; CA Colmar, 4 août 2009, n° 07/04485 (constitue un comportement fautif le fait pour un salarié employé comme responsable de cuisine de ne pas avoir veillé à un approvisionnement suffisant en viande halal et au respect des convictions religieuses du personnel et des mineurs du centre éducatif qui l'employait).

⁵⁹⁴ Sur cette question, v. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 759, n° 1265s. ; D. ROMAN, « Fin des menus de substitution dans les cantines scolaires : "Cochon qui s'en dédit !" », *AJDA*, 2017, p. 2207. V. aussi TA Dijon, 28 août 2017, n° 1502100, *Dr. adm.*, 2017, n° 10, al. 140.

⁵⁹⁵ À propos de l'alimentation *halal* en détention ; CE, 10 févr. 2016, n° 385929, *AJDA*. 2016. 1127, note X. BIOY.

⁵⁹⁶ V. par exemple CA Nîmes, 25 janv. 2017, *Jurisdata* n° 2017-003650 ; CA Versailles, 11 déc. 2014, *Jurisdata* n° 2014-03222, *Dr. fam.* 2015, com. 96, obs. C. NEIRINCK ; CA Besançon, 12 juin 2000, *Jurisdata* n° 2000-143345 (régime végétarien) ; CA Paris, 9 janv. 2014, *Jurisdata* n° 2014-013892 (Il n'est pas établi que la père ait manqué à l'observation des principes d'éducation des enfants lors de leur séjour chez lui, en l'espèce l'abandon du régime alimentaire casher, le retrait de son droit d'hébergement des enfants n'est pas justifié). V. aussi CA Paris, 22 janv. 2015, n° 12/08807 (constitue un acte de désobéissance le fait pour une auxiliaire de puériculture de faire manger à un enfant un plat contenant du porc en dépit de l'interdiction expresse, fondée sur des raisons religieuses, préalablement formulée par les parents).

⁵⁹⁷ CA Paris, 14 nov. 2013, n° 13/07758, *Jurisdata* n° 2013-025954 : « si le choix d'une pratique religieuse relève de la liberté de conscience de chacune des parties, les options prises durant la vie commune doivent guider le juge dans l'appréciation du bien-fondé d'une demande au regard de l'éducation religieuse d'un enfant ».

arriver que si les parents ne démontrent pas les choix d'éducation qu'ils avaient alors réalisés, les juges prononcent un partage égal de l'éducation religieuse de l'enfant : en cas de résidence alternée, l'enfant célébrera les fêtes religieuses de l'une ou l'autre religion, avec le parent chez lequel il sera hébergé dans le cadre de l'alternance ; il en va de même s'agissant du régime alimentaire⁵⁹⁸.

109. Le prosélytisme et la prédication. Prédication et prosélytisme sont deux façons de témoigner de sa croyance à autrui : d'un côté, la prédication renvoie à l'action de prêcher, c'est-à-dire d'annoncer, de publier ou d'enseigner ; de l'autre, le prosélytisme fait référence au zèle déployé pour répandre la foi, pour convertir autrui à ses idées⁵⁹⁹. Depuis l'incontournable formule de l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, l'un et l'autre sont compris comme des manifestations au sens de l'article 9 § 1 de la Convention dès lors que la liberté prévue à cet article comporte en principe « le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un “enseignement”, sans quoi du reste “la liberté de changer de religion ou de conviction” [...] risquerait de demeurer lettre morte »⁶⁰⁰. Les juges européens excluent toutefois du champ de l'article 9 l'aspect abusif, et donc indésirable, du prosélytisme : ce prosélytisme « de mauvais aloi » corrompt ou déforme le témoignage religieux ; il se présente comme une « activité offrant des avantages matériels ou sociaux ou l'exercice d'une pression abusive en vue d'obtenir des adhésions à une Église »⁶⁰¹. Si la distinction entre prosélytisme relevant de l'article 9 et prosélytisme non protégé par cette disposition a été explicitement posée dans l'arrêt *Kokkinakis*, la Cour avait déjà eu l'occasion de faire référence à un comportement prosélyte qu'elle qualifiait d'intempestif dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, sans pour autant statuer sur cette question⁶⁰².

Les juges français font quant à eux preuve d'une défiance particulière vis-à-vis du prosélytisme religieux : celui-ci est le plus souvent considéré comme potentiellement générateur de troubles dans les relations entre particuliers et, par conséquent, est exclu de la liberté de religion⁶⁰³. Au soutien de cette défiance, on a pu remarquer que le comportement prosélyte a justifié

⁵⁹⁸ CA Versailles, 16 oct. 2014, n° 13/06924, *Jurisdata* n° 2014-024896 (régime alimentaire casher). V. aussi CA Rouen, 5 janv. 2012, n° 11/01944 : « en ce qui concerne plus particulièrement la consommation de porc, celle-ci est certes interdite par la religion musulmane du père mais cette particularité n'a pas fait obstacle à l'union maritale de M. Salim R. avec Mme Emilie B. ni à la naissance de Jade et il ne saurait être interdit à la mère de faire consommer cette viande à son enfant au prétexte d'un accord dénué de valeur contraignante » (!).

⁵⁹⁹ *TLFi*, v. « Prosélytisme », « Prédication » et « Prêcher ».

⁶⁰⁰ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 31.

⁶⁰¹ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 48 ; Cour EDH, *Larissis et autres c. Grèce*, 24 févr. 1998, req. n° 23372/94, § 45.

⁶⁰² Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 déc. 1976, req. n° 5095/71 5920/72 5926/72, § 54 : « il incombe aux autorités compétentes de veiller avec le plus grand soin à ce que les convictions religieuses et philosophiques des parents ne soient pas heurtées à [l'école] par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif » de l'enseignant ou de l'école.

⁶⁰³ V. en ce sens, C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 187, n° 264.

le prononcé de divorces pour faute⁶⁰⁴, la résiliation d'un contrat de formation⁶⁰⁵, le prononcé d'un avertissement⁶⁰⁶, le licenciement de salariés⁶⁰⁷, ou encore la mise en place de rencontres médiatisées dans le cadre du droit de visite⁶⁰⁸ par exemple. Néanmoins, certains tribunaux reconnaissent sans conteste la légitimité de ce comportement : le prosélytisme ne saurait être en soi considéré comme fautif car il est propre à chaque religion⁶⁰⁹.

Quant à la manifestation des comportements religieux par la prédication individuelle, celle-ci ne pose pas de difficultés dès lors qu'elle ne dérive pas vers un comportement prosélyte. Le droit à l'éducation religieuse des enfants repose d'ailleurs sur la reconnaissance de ce type de comportement comme dérivant de l'expression des convictions religieuses. Il semble que seule la prédication soit considérée comme un comportement religieux protégé par la liberté religieuse, tandis que le zèle déployé pour répandre sa foi serait la plupart du temps regardé comme abusif par les juridictions judiciaires françaises, et donc exclu de toute protection. Au regard de l'éducation religieuse, le parent est en effet libre de communiquer les enseignements tirés de sa religion à ses enfants ou son conjoint, à condition qu'il ne déploie pas de zèle religieux à leur égard. Souvent, ces situations concernent d'ailleurs les parents récemment convertis. Tout le problème réside dans la distinction du prosélytisme abusif, du prosélytisme protégé par la liberté de religion et de

⁶⁰⁴ Cass. Civ. 2^e, 25 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978.505 note BARBIER (desir de convertir l'époux aux rites de la secte) ; CA Poitiers, 15 nov. 1989, *Gaz. Pal.* 1993, (époux devenu un missionnaire tant à l'extérieur qu'au sein de sa famille) ; CA Rennes, 27 mars 2012, n° 10-07958, *Jurisdata* n° 2012-006230 (prosélytisme incessant) ; CA Bordeaux, 20 oct. 2009, n° 08-07072, *Jurisdata* n° 2009-013244 (prosélytisme extérieure et tentatives diverses d'imposer ses vues aux enfants de la famille).

⁶⁰⁵ CA Versailles, 23 janv. 1998, *Jurisdata* n° 1998-040350, *JCP E* 1999, n° 21 p. 900, note C. WILLMANN, « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses » (prosélytisme incessant d'un formateur, membre de l'Église de Scientologie, à l'égard de ses stagiaires). La Cour d'appel y donne des éléments caractérisant le prosélytisme reproché : « notamment en recommandant et en proposant même à la vente des livres écrits par L. RON HUBBARD, fondateur de cette "église" et en allant jusqu'à inviter [un stagiaire] à passer une soirée à son domicile pour l'initier et le soumettre à quelques tests, et en prévenant [une stagiaire] qu'ils seraient appelés à se revoir pour approfondir l'étude du livre "La Dianétique" écrit par L. RON HUBBARD ».

⁶⁰⁶ CA Douai, 29 janv. 2016, n° 14-0421, *Jurisdata* n° 2016-001868 (prosélytisme religieux d'un animateur en centre social sur son lieu de travail).

⁶⁰⁷ CA Rouen, 25 mars 1997, *Jurisdata* n° 1997-042342 (prosélytisme religieux dépassant l'exercice normal par le salarié de son droit d'expression. Celui-ci distribuait aux salariés et à la clientèle des livres religieux, insistait avec véhémence pour qu'ils soient lus sur place, interpellait clients et passants sur le thème de la religion, etc.) ; CA Paris, 8 déc. 1999, *Jurisdata* n° 1999-104261 (la cour y rappelle que « le droit du travail français reconnaît à chaque personne le droit de ne pas être inquiété dans son travail à raison de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses et, en l'absence de prosélytisme à l'intérieur de l'entreprise, l'employeur ne peut faire état des convictions de la salariée pour procéder à son licenciement ») ; CA Aix-en-Provence, 15 févr. 1989, *Jurisdata* n° 1989-051714 (dépôt par la salariée de publications éditées par les Témoins de Jéhovah dans les chambres de l'hôtel qui l'employait).

⁶⁰⁸ CA Aix-en-Provence, 21 juin 2016, n° 15-07808.

⁶⁰⁹ CA Montpellier, 13 juin 2000, *inédit*, cité par V. FORTIER, « Le prosélytisme au regard du droit : une liberté sous contrôle », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, 2008, n° 3, en ligne : <<http://journals.openedition.org/cerri/144>>. V. également CA Grenoble, 4 juin 1991, *JCP G*, 1991.II.21744, note HAUSER. Au Québec, le prosélytisme relève de la liberté de religion, celle-ci impliquant pour chacun des époux « la liberté de pratiquer sa religion et même de tenter de convaincre l'autre d'adopter la sienne » (cf. la décision du juge Derek Guthrie, *M.-C.C. c. Mo.M.*, J.E. 2001-489, [2001], R.D.F. 177 (rés.) (C.S.) cité par C. LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », *Les Cahiers de droit*, 2006, n° 4, vol. 47, p. 623 ; C. LANDHEER-CIESLAK, « L'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal en droit civil français et québécois », *Revue générale de droit*, 2007, 37 (1), p. 97).

la prédication. En effet, « la frontière entre communication légitime des convictions et tentative abusive d'influence, entre persuasion et coercition, est difficile à tracer objectivement »⁶¹⁰.

110. La prière. Historiquement, la prière est un comportement profondément attaché à la pratique religieuse ; elle en constituerait même l'un des exemples les plus répandus⁶¹¹. La prière renvoie au recueillement individuel ou collectif et désignerait « un large éventail d'activités incluant la récitation de textes sacrés, la participation à des rituels établis, la méditation privée, des invocations pour obtenir l'aide de la déité, une introspection rigoureuse poursuivie au travers de l'application de techniques vénérables, etc. »⁶¹² ; elle est, selon Max WEBER, une technique rituelle rythmant la vie quotidienne⁶¹³.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme place la prière au rang des manifestations par l'individu de sa religion ou de ses convictions par le culte et l'accomplissement des rites. La plupart des arrêts y faisant directement référence portent sur l'accès à la prière des détenus ; à l'isolement par exemple, ces derniers ne sont pas toujours autorisés à assister à l'office religieux collectif assuré dans les prisons⁶¹⁴. Les juges européens considèrent cependant que la possibilité de se livrer à des prières individuelles ne les prive pas de la liberté de pratiquer leur religion⁶¹⁵. Plus généralement, la prière est considérée comme un élément de la pratique religieuse de certains requérants, tout comme le jeûne et le pèlerinage⁶¹⁶.

En droit français, la question de la prière individuelle a généré moins de levées de boucliers que d'autres formes de comportement religieux. Bien que la question se soit peu manifestée dans la jurisprudence judiciaire, elle n'y est cependant pas absente. En droit du travail par exemple,

⁶¹⁰ V. FORTIER, *op. cit.*

⁶¹¹ En ce sens, T. MERRIGAN, « La prière comme pratique religieuse. La quête d'une dimension ultime dans la spiritualité athée, le bouddhisme et la religion théiste », *Recherches de Science Religieuse*, 2016/3, Tome 104, p. 353.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Cité par R. BOUDON, « La rationalité du religieux selon Max Weber », *L'Année sociologique*, 2001/1, Vol. 51, p. 9.

⁶¹⁴ V. par ex. Cour EDH, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2012, req. n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09, 67354/09, spéc. § 222 : « The range of activities and services provided goes beyond what is provided in many prisons in Europe. Where there are limitations on the services provided, for example restrictions on group prayer, these are necessary and inevitable consequences of imprisonment ».

⁶¹⁵ Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981, req. n° 8160/78 (prière du vendredi à la mosquée) ; Com. EDH [plén.], *Natoli c. Italie*, 18 mai 1998, req. n° 26161/95 (l'impossibilité du détenu d'aller à la messe ne prive pas l'intéressé de la possibilité de pratiquer sa religion, moyennant la prière, ou de participer au culte catholique grâce à des entrevues avec un aumônier. Le requérant ne s'est pas prévalu en l'espèce des moyens mis à sa disposition pour participer à son culte. En outre, il a eu la possibilité de suivre la messe télédiffusée) ; Cour EDH [déc.], *Indelicato c. Italie*, 6 juil. 2000, req. n° 31143/96 (même solution pour le détenu à l'isolement qui avait la possibilité de suivre la messe depuis sa cellule et qui n'a, de ce fait, pas été privé de la possibilité de pratiquer sa religion) ; Cour EDH, *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juil. 1997, req. n° 20704/92, spéc. § 25 et § 30 (pas d'ingérence dans la liberté de religion dès lors que la mise à la retraite anticipée du requérant n'était pas motivée par la façon dont il a manifesté sa religion – cinq prières par jour, jeûne du Ramadan, prières collectives à la mosquée les vendredis – mais sur ses agissements qui, en raison de son appartenance et sa participation aux actions d'un mouvement intégriste, portaient atteinte à la discipline militaire et au principe de laïcité).

⁶¹⁶ Cf. Cour EDH, *Sinan Işık c. Turquie*, 2 févr. 2010, req. n° 21924/05, § 5 ; Cour EDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 oct. 2007, req. n° 1448/04, § 8.

bien que le débat ait principalement été orienté sur la question du port de signes religieux dans l'entreprise, il est arrivé que des questions liées à la prière individuelle soient portées à la connaissance des tribunaux⁶¹⁷. De même, les tribunaux administratifs ont été saisis de situations dans lesquelles des détenus manifestaient leurs convictions religieuses par la prière dans les espaces collectifs de leur lieu d'incarcération⁶¹⁸.

Dans ces situations, la prière individuelle est bien reconnue comme constitutive d'une manifestation de ses convictions religieuses par l'individu concerné.

111. Le respect des jours de fêtes religieuses. Contrairement aux autres formes de manifestations déjà traitées, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne peut pas constituer le point de départ de la caractérisation du respect des jours de fêtes religieuses comme la manifestation d'une conviction religieuse. La Commission comme la Cour ont en effet toujours considéré que l'article 9 ne garantissait pas en tant que tel le droit de s'absenter du travail les jours de fêtes religieuses⁶¹⁹. Dans un arrêt *Kosteski*, la Cour EDH a jugé que la participation d'un requérant à une fête musulmane ne semblait pas constituer une manifestation de ses convictions⁶²⁰ étant entendu qu'en l'espèce le requérant n'avait pas apporté aux juridictions internes la preuve de la réalité de ses convictions religieuses : celui-ci se serait proclamé musulman afin de pouvoir bénéficier de jours de congés supplémentaires octroyés aux salariés de cette confession. En dépit du caractère particulier de ces constatations, la Cour européenne semble exclure du champ d'application de l'article 9 le droit de s'absenter du travail les jours de fêtes religieuses⁶²¹.

Le droit français semble adopter une posture inverse. En droit du travail, nonobstant le caractère « neutre » du contrat de travail⁶²², les salariés peuvent demander des autorisations d'absence pour participer à des fêtes religieuses que l'employeur est libre de refuser à condition que son refus soit proportionné et motivé par référence à la nature de la tâche à accomplir⁶²³. Cette condition résulte de l'article L. 1121-1 du Code du travail ainsi libellé :

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁶¹⁷ V. CA Dijon, 24 févr. 1994, *Jurisdata* n° 1994-040821 (licenciement du salarié suite à une altercation avec un de ses collègues de travail, en dehors des heures de travail, leurs relations s'étant dégradées avec l'habitude qu'il avait prise de se lever de bonne heure le matin pour faire sa prière) ; CA Paris, 10 janv. 1989, *RJS* 1989, n° 310.

⁶¹⁸ V. CAA Bordeaux, 8 sept. 2009, n° 08BX01040 (pratique de prières dans le préau de la cour de promenade d'une maison d'arrêt) ; CAA Lyon, 29 nov. 2012, n° 12LY00174 (prières dans la cour de promenade).

⁶¹⁹ Cour EDH, *Kosteski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, 13 avr. 2006, req. n° 55170/00, § 45.

⁶²⁰ Cour EDH, *Kosteski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, préc. : le requérant s'était absenté de son travail sans autorisation un jour de fête religieuse musulmane (le Bayram).

⁶²¹ Cour EDH, *Kosteski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, 13 avr. 2006, req. n° 55170/00, § 45.

⁶²² F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 1182, n° 1836.

⁶²³ Art. L. 1121-1 du Code du travail.

Partant, la demande d'autorisation d'absence pour motif religieux constitue pour le salarié l'exercice d'une liberté individuelle que l'employeur peut restreindre s'il le justifie. Ce dernier peut donc tout à fait refuser une autorisation d'absence le jour d'une fête religieuse si celle-ci venait à perturber l'organisation du travail dans l'entreprise, et inversement, le salarié qui s'absente un jour de fête religieuse en dépit de l'opposition exprimée par son employeur peut être licencié⁶²⁴.

Même dans le domaine de la fonction publique où la neutralité religieuse est de rigueur, il est possible de tenir compte des convictions religieuses des agents dans une mesure compatible avec le fonctionnement du service. Bien qu'il n'existe pas en ce domaine de droit à l'absence pour motifs religieux, l'administration est tenue d'examiner les demandes qui lui sont faites et tout refus doit être motivé par les « nécessités du fonctionnement normal du service »⁶²⁵. De même, les absences pour motifs religieux sont accordées, dans l'Éducation nationale, ponctuellement et de façon dérogatoire aux élèves qui en font la demande, à condition que ces absences soient « compatibles avec l'exercice des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement »⁶²⁶. Enfin, le Conseil d'État a jugé qu'un conseil régional pouvait tout à fait siéger un dimanche dans le respect des dispositions de l'article 9 de la Convention EDH dès lors que le demandeur n'avait pas rapporté la preuve de la privation de son droit de manifester sa religion⁶²⁷.

112. Par son apparence ou par sa conduite, le croyant exprime, extériorise, manifeste ses convictions religieuses. Celles-ci peuvent également l'amener à opposer son mode de vie à autrui (**B**), généralement en refusant d'agir contrairement à ce que sa conscience lui dicte voire même parfois en cherchant à empêcher autrui d'agir de la sorte.

B. L'opposition d'un choix de vie

113. Cette forme de manifestation de convictions religieuses se caractérise dans deux principaux contentieux : le refus de soins ou de traitements médicaux (**1**) et l'objection de conscience (**2**).

1. Le refus de soins ou de traitements médicaux

⁶²⁴ Cass. soc., 16 déc.1981, *Bull. civ.* 1981, V, n° 968 (absence le jour de la fête de l'Aïd-el-kébir). V. ég. CA Basse-Terre, 6 août 2018, n° 15/014321 (absences répétées les samedis).

⁶²⁵ CE, *Mlle Henny*, 12 févr. 1997, n° 125893 (demande d'autorisation d'absence pour des journées correspondant à des jours de fêtes religieuses non légalement chômées).

⁶²⁶ CE, *Consistoire central des israélites de France et autres c. Koen*, 14 avr. 1995, n° 125148.

⁶²⁷ CE, 23 févr. 2000, *Exposito*, n° 198931.

114. À première vue, la question des refus de soins ou de traitements médicaux pour motifs religieux se présente naturellement comme l'expression d'une conviction religieuse caractéristique d'un comportement religieux. D'emblée, on pense en effet au contentieux des refus de transfusions sanguines par les Témoins de Jéhovah, aux refus de certains groupes religieux d'être soignés par la médecine classique, à celui de certains croyants catholiques de prendre la pilule contraceptive ou de se livrer à une interruption volontaire de grossesse, voire aux refus – plus récents – de certains patients de se faire soigner par un médecin du sexe opposé⁶²⁸.

115. **Le refus de recevoir un soin ou un traitement médical.** Bien qu'ils soient classiquement interprétés par la doctrine comme des manifestations de convictions religieuses⁶²⁹, et donc comme des comportements religieux, les refus de soins pour motifs religieux ne sont pas toujours mentionnés comme tels dans la jurisprudence européenne et française.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas eu l'occasion d'élaborer une jurisprudence relative aux refus de soins tirés de motifs religieux. Le premier arrêt faisant référence aux refus de transfusions sanguines par les Témoins de Jéhovah est l'arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, du 10 juin 2010⁶³⁰. L'affaire ne portait qu'indirectement sur cette question, puisqu'il s'agissait en l'espèce de savoir si la dissolution et l'interdiction de l'association requérante était contraire aux articles 9 et 11 de la Convention. Le refus des transfusions sanguines par les membres du groupement n'y fut abordé qu'afin de déterminer si les raisons avancées par les juridictions nationales pour interdire ladite association étaient pertinents et suffisants. Celle-ci avait en effet été jugée coupable de « tous les ingrédients de la lutte antisecte classique »⁶³¹, tels que le fait d'attirer les mineurs dans une association religieuse contre leur volonté et sans le consentement de leurs parents, de contraindre les personnes à se couper de leur famille, d'encourager le suicide ou le refus – pour motifs religieux – d'une assistance médicale nécessaire⁶³². C'est sous l'angle du principe d'autodétermination et d'autonomie personnelle, sans analyse au regard de la liberté de manifester ses convictions religieuses, que l'analyse fut placée en ce qui concerne les refus de transfusions allégués et la mise en danger subséquente des citoyens. Au nom de ces principes, la Cour considéra qu'un traitement médical ne pouvait être administré sans le consente-

⁶²⁸ Pour un aperçu sociologique des comportements religieux à l'hôpital, dans le cas particulier des patients atteints du Sida, v. A.-C. BÉGOT, *La gestion du fait religieux au sein de l'institution médicale. Perspective historique et étude de cas : des patients touchés par le VIH/Sida et leurs médecins*, Rapport remis à l'association Sidaction, oct. 2005, p. 54s.

⁶²⁹ G. GONZALEZ, « La liberté européenne de religion et le juge administratif », *RFDA*, 1999, p. 995 ; *contra*, B. LE BAUT-FERRARESE, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, p. 1383 (l'auteure doute que le refus thérapeutique, même mu par des convictions religieuses, relève d'une pratique religieuse au sens de l'article 9 de la Convention EDH).

⁶³⁰ Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02.

⁶³¹ G. GONZALEZ, « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 01 janv. 2011, p. 199.

⁶³² Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, préc., § 55.

ment du patient, lequel jouit du droit de faire des choix en accord avec ses propres opinions et valeurs, que ces choix paraissent « irrationnels, malavisés ou imprudents »⁶³³.

Cet attachement au respect de la volonté du malade et à l'importance accordée à ses choix, faisant le silence sur l'aspect religieux de certains refus, est prévu par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique français⁶³⁴. On y trouve un principe d'autonomie sanitaire du patient, renforcé depuis la loi du 2 février 2016 qui lui confère expressément le droit « de refuser ou de ne pas recevoir un traitement »⁶³⁵. Cette loi met fin à la possibilité que la jurisprudence *Senanayake-Feuillatey* du Conseil d'État avait conférée au médecin de passer outre la volonté du patient lorsque son pronostic vital était engagé⁶³⁶. Si les motivations religieuses ne sont pas mentionnées, elles sont traitées au travers d'une question plus vaste : celle du consentement et de l'autonomie personnelle⁶³⁷. La motivation religieuse du refus exprimé ne semble pas vraiment peser dans la balance des droits en jeu, à savoir la protection de la vie et l'autonomie personnelle. C'est d'ailleurs ce qu'expliquait le Commissaire du gouvernement, Monsieur Didier CHAUVAUX, à propos de l'arrêt *Senanayake* :

« le caractère religieux des motifs du refus n'est pas déterminant à nos yeux. Il ne confère pas au refus un caractère sacré. Il ne doit pas davantage conduire à l'envisager avec une suspicion particulière. La question posée nous semble être celle du respect d'une décision éminemment personnelle du patient, décision à laquelle il accorde suffisamment de prix pour la maintenir au péril de sa vie »⁶³⁸.

Il en va de même pour les juridictions judiciaires françaises qui semblent également faire l'impasse sur la motivation religieuse du refus de transfusions sanguines par les Témoins de Jého-

⁶³³ *Ibid.*, § 136.

⁶³⁴ Issu de la loi du 4 mars 2002, puis modifié par la loi n° 2016-87 du 2 févr. 2016, l'article dispose notamment que « Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement » (al. 2) ; « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable » (al. 3) ; « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment » (al. 4).

⁶³⁵ Loi n° 2016-87 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

⁶³⁶ CE ass., 26 oct. 2001, *Mme Senanayake*, *RFDA* 2002, p. 146, concl. D. CHAUVAUX et p. 156 note DE BÉCHILLON : compte-tenu de la situation d'extrême urgence dans laquelle le patient se trouvait, les médecins avaient choisi d'accomplir un acte indispensable à sa survie – la transfusion de sang. Le Conseil d'État jugea qu'en passant outre la volonté du patient de ne pas recevoir de transfusion sanguine, les médecins n'avaient pas commis de faute professionnelle, quelque soit par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses. CE, 16 août 2002, *Mme Feuillatey*, n° 249552 : les transfusions sanguines administrées pour sauver un patient en péril malgré son refus ne sauraient constituer un traitement inhumain ou dégradant ni une privation du droit à la liberté au sens des articles 3 et 5 de la Convention EDH... ni une entrave à la liberté de conscience et de religion au sens de l'article 9 de celle-ci.

⁶³⁷ V. cependant, CAA Paris, 9 juin 1998, *Mme Donyob et Mme Senanayake*, où la Cour administrative d'appel reconnaît que le refus de transfusions sanguines est constitutif d'une manifestation de conviction au sens de l'article 9 de la CEDH mais qui conclut qu'en l'espèce cette disposition n'a pas été violée : « si la thérapeutique mise en œuvre a pu, en l'espèce, eu égard à la qualité de témoin de Jéhovah de l'intéressé, constituer une atteinte à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, mentionnée à l'article 9 de la convention, cette circonstance n'est nullement constitutive d'une violation de cette disposition, dès lors qu'elle résulte, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, du respect par le médecin de l'obligation de protection de la santé et donc, en dernier ressort, de la vie qui s'impose à lui » (nous soulignons).

⁶³⁸ D. CHAUVAUX, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA*, 2002, p. 146 (nous soulignons).

vah. L'accent est encore une fois mis sur la volonté du patient, et précisément sur les implications au regard de l'engagement de la responsabilité du médecin ou sur le montant de l'indemnisation du préjudice subi en cas de décès ou de séquelles⁶³⁹. Le document, annuellement renouvelé, que portent en général les adeptes de ce mouvement religieux, et qui atteste leur refus de toute transfusion protège les personnels médicaux contre toute condamnation pour défaut d'assistance à personne en péril au sens de l'article 223-6 du Code pénal⁶⁴⁰. Est-ce parce qu'une grande partie du contentieux des refus de soins concernait un groupement longtemps considéré comme sectaire que ces comportements n'ont pas été rattachés explicitement aux manifestations de convictions religieuses prévues par l'article 9 de la Convention ? C'est une possibilité que l'on ne peut écarter.

116. Le refus de se faire administrer un soin ou un traitement médical par un soignant du sexe opposé. De nature différente, puisque le patient ne refuse pas le traitement en tant que tel, cette autre forme de refus a été mise en évidence par le rapport Stasi qui constatait en 2003 la multiplication des comportements religieux des patients et du personnel soignant dans les hôpitaux. Au nombre de ces manifestations religieuses figurait le cas « des refus, par des maris ou des pères, pour des motifs religieux, de voir leurs épouses ou filles soignées ou accouchées par des médecins de sexe masculin » et que faute de médecin de sexe féminin disponible, ces femmes avaient été privées de péridurale. Le rapport indiquait en outre que des soignants avaient été récusés sous « prétexte de leur confession supposée ». À la suite de la publication d'une circulaire relative à la laïcité dans les établissements de santé, qui mettait au clair les droits et limites de chacun à l'hôpital⁶⁴¹, ces situations n'ont pas soulevé de problèmes juridiques majeurs. Légalement, un tel refus, qu'il exprime ou non une conviction religieuse, relève de l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique qui fait du droit du malade au libre choix de son praticien un principe fondamental de la législation sanitaire⁶⁴². Les juges judiciaires n'ont, en l'état de nos connaissances, pas eu à se saisir de problèmes juridiques relatifs aux comportements susvisés. En revanche, la Cour ad-

⁶³⁹ Cass. Crim., 30 oct. 1974, n° 73-93381 : le refus de recevoir une transfusion sanguine, s'il a pour effet de priver la victime d'une chance d'amélioration ou de survie en n'acceptant pas sciemment les soins nécessités par son état, peut constituer une faute de la victime de nature à réduire l'indemnisation de son préjudice au sens des articles 1134 et 1382 anc. du Code civil. V. également Cass. Crim., 10 juin 1987, n° 86-91014 : justifie légalement sa décision la Cour d'appel qui laisse à la charge de la victime une part de son dommage dès lors que son refus de recevoir une transfusion sanguine pour motifs religieux, qui constitue « un choix dérivant d'une liberté essentielle » (liberté de choix ou liberté de religion ? L'arrêt ne le dit pas), a eu pour conséquence d'aggraver le préjudice subi.

⁶⁴⁰ En vertu de l'article 223-6 du Code pénal, est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende « quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». V. Cass. Crim., 3 janv. 1973, *D.* 1973.220 ; *Rev. Sc. Crim.*, 1973.693 note LEVASSEUR ; *D.* 1974. 591.

⁶⁴¹ Circulaire n° DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

⁶⁴² V. en ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, *JCP* 2003. II. 10115, note SAINTE-ROSE. La circulaire du 2 février 2005 mentionne expressément les cas de refus de praticien pour des motifs tirés de la religion connue ou supposée de ce dernier, qui constitue un cas de discrimination.

ministrative d'appel de Lyon fut saisie d'une affaire où le mari s'était physiquement opposé au nom de ses convictions religieuses à toute présence masculine dans la salle d'accouchement, empêchant les praticiens de prévenir les graves complications neurologiques subies par l'enfant lors de l'expulsion. La Cour estima, pour refuser d'engager la responsabilité de l'hôpital, que l'état de ce dernier était « totalement imputable » à l'attitude du mari⁶⁴³. Aucune référence n'est cependant faite au principe de libre choix du praticien.

117. L'entrave à l'administration de soins ou de traitement médicaux. Moins directement liée à l'exercice traditionnellement entendu d'une religion, l'entrave à l'administration de soins ou de traitements médicaux pourrait tout à fait être motivée par l'hostilité, issue de leurs convictions religieuses, de certains croyants à l'égard de ces traitements. On pense à la question de l'interruption volontaire de grossesse qui, comme pour la contraception féminine, a fait l'objet de vives oppositions du côté des croyants catholiques⁶⁴⁴. Dans les années 1990, des « commandos » anti-IVG faisaient même blocage devant les centres médicaux afin d'empêcher les femmes voulant avorter d'y accéder. Ces commandos, composés parfois de ministres du culte catholique⁶⁴⁵, pouvaient aller jusqu'à s'enchaîner dans les blocs opératoires réservés à l'IVG⁶⁴⁶. En réaction, le législateur créa un délit spécifique d'entrave à l'IVG punissant d'un an d'emprisonnement et de 30 000 francs d'amende le fait d'empêcher, par des pressions physiques ou psychologiques, une interruption volontaire de grossesse⁶⁴⁷. Accusée de porter atteinte à la liberté d'opinion et d'expression, cette disposition fut toutefois jugée compatible aux articles 9 et 10 de la Convention EDH « dès lors que la liberté d'opinion et la liberté de manifester ses convictions peuvent être restreintes par des mesures nécessaires à la protection de la santé ou des droits d'autrui »⁶⁴⁸. Bien que le droit d'accès à l'avortement fût ensuite consacré par la loi du 4 août 2004, les entraves à l'IVG persistèrent. Encore en 2016, la Cour de cassation rejetait le pourvoi d'un prévenu condamné pour s'être introduit dans les locaux du planning familial où, installé dans la salle d'attente, il avait entrepris de prier pour les enfants victimes d'IVG ; il avait également remis, sans violence

⁶⁴³ CAA Lyon, 10 août 2008, n° 05LY01218.

⁶⁴⁴ Dans une *Lettre aux Femmes* du 16 juil. 1995, le Pape Jean-Paul II renouvelait sa condamnation de l'avortement, y compris en cas de viol. V. aussi, CA Amiens, 27 sept. 2006, n° 03/03948 (le mari avait imposé à son épouse de se soumettre à une interruption volontaire de grossesse, en violation de ses convictions religieuses catholiques).

⁶⁴⁵ Trib. corr. Châlon-sur-Saône, 3 juil. 1995, cité par J. BONNEAU, « Chronique législative », *Vie sociale*, 1996, n° 1, p. 63 (disponible sur Gallica).

⁶⁴⁶ TGI Roanne, 27 juin 1995, cité par J. BONNEAU, « Chronique législative », *Vie sociale*, 1996, n° 1, p. 63.

⁶⁴⁷ Loi n° 93-121 du 27 janv. 1993.

⁶⁴⁸ Cass. Crim., 31 janv. 1996, n° 95-81319.

mais par surprise, une médaille de la vierge ainsi que des chaussons pour bébé à une femme souhaitant avorter et qui en était revenue profondément choquée⁶⁴⁹.

118. De tous les comportements décrits ci-dessus, aucun n'a véritablement reçu de réception jurisprudentielle explicite en tant que manifestation d'une conviction religieuse. Tel n'est pas le cas de l'objection de conscience, véritable liberté de se comporter conformément à sa conscience que l'on a pu décrire comme « la forme la plus remarquable de l'expression d'une conviction qui se heurte à la règle commune »⁶⁵⁰ (2).

2. L'objection de conscience

119. Définissable comme le rejet d'une réglementation par une personne qui devrait la respecter⁶⁵¹, l'objection de conscience n'est ni spécifique aux convictions religieuses ni expressément prévue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Longtemps d'ailleurs, le cas des objecteurs de conscience a été traité par les organes européens à la lumière de l'article 4 de la Convention qui prohibe le travail forcé⁶⁵². À la question de savoir si la participation obligatoire à un service civil de remplacement au service militaire avait violé le droit d'un requérant, Témoin de Jéhovah, à la liberté de religion, la Commission EDH refusait par exemple de voir une ingérence dans la liberté de manifester sa religion par l'enseignement⁶⁵³. Elle considérait que l'article 9 devait être lu à la lumière de l'article 4 § 3b) et qu'il n'imposait pas aux États de reconnaître l'objection de conscience ni de permettre aux objecteurs de conscience d'être exemptés du service militaire, ou civil, au nom de leurs convictions religieuses⁶⁵⁴. À plusieurs reprises, elle confortait cette position : la Convention ne garantit pas de droit à l'objection de conscience⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ Cass. Crim., 1^{er} sept. 2015, n° 14-87441. Depuis quelques années, les mouvements anti-IVG ont développé d'autres moyens d'exprimer leur opposition à l'avortement. Constatant le fleurissement de bon nombre de sites internet faussement neutre, dissimulant derrière une apparence officielle des informations manifestement dissuasives et orientées contre l'IVG, le législateur modifia l'article L. 2223-2 du Code de la santé publique. Depuis le 20 mars 2017, le délit d'entrave à l'IVG peut-être caractérisé « par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse » (Art. L. 2223-2 CSP issu de la loi n° 2017-347 du 20 mars 2017).

⁶⁵⁰ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 652, n° 1083.

⁶⁵¹ S. RODOTA, « L'objection de conscience au service militaire », in *Liberté de conscience : actes du séminaire organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec le Centre d'études des droits de l'homme*, Strasbourg, p. 100, Éd. du Conseil de l'Europe, 1993. Sur l'objection de conscience, on renverra le lecteur à l'article de G. PUPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme. Essai d'analyse systématique », *Société, droit et religion*, 2016/1, n° 6, p. 209.

⁶⁵² Com. EDH [plén.], *G. Z. c. Autriche*, 2 avr. 1973, req. n° 5591/72.

⁶⁵³ Com. EDH [plén.], *Gandratz c. Allemagne*, 12 déc. 1966, req. n° 2299/64 (§ 31).

⁶⁵⁴ Com. EDH [plén.], *G. Z. c. Autriche*, préc.

⁶⁵⁵ Com. EDH [plén.], *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 5 juil. 1977, req. n° 7705/76 ; Com. EDH [plén.], *Objecteurs de conscience c. Danemark*, 7 mars 1977, req. n° 7565/76 ; Com. EDH [plén.], *A. c. Suisse*, 9 mai 1984, req. n° 10640/83. Dans le milieu scolaire, v. Cour EDH, *Valsamis c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 21787/93 (Non-violation des articles 9

Il faudra attendre 2011 et l'arrêt *Bayatyan c. Arménie* pour que la Cour européenne des droits de l'Homme prenne le contrepied de la Commission et consacre un véritable droit à l'objection de conscience sous l'angle de l'article 9 de la Convention⁶⁵⁶. L'objection de conscience au service militaire y est expressément reconnue comme une manifestation par le requérant de ses convictions religieuses⁶⁵⁷. Depuis, la Cour a été saisie d'un certain nombre de requêtes relatives à l'objection de conscience, intervenant aussi bien dans le domaine militaire⁶⁵⁸ que dans le milieu scolaire⁶⁵⁹ ou dans le domaine civil⁶⁶⁰. Le principe de l'objection de conscience étant admis, elle se livre désormais à une appréciation contextuelle tant de la violation de ce droit que de son appli-

et 2-P1 du fait de la sanction de renvoi scolaire, d'une journée, d'une élève pour non-participation à un défilé scolaire motivée par les convictions religieuses de ses parents, témoins de Jéhovah) ; Cour EDH, *Efstratiou c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 24095/94 (mêmes faits). Dans le domaine civil, v. Cour EDH [déc.], *Pichon et Sajous c. France*, 2 oct. 2001, req. n° 49853/99 (requête irrecevable du pharmacien qui avait été condamné pour avoir refusé de délivrer des pilules contraceptives. La Cour européenne estima que dès lors que la vente de ces pilules est légale et qu'elle intervient sur prescription médicale, les pharmaciens ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier un refus de vente).

⁶⁵⁶ Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03. La Commission aurait-elle initié cette évolution lorsqu'elle considéra dans une décision *N. c. Suède* que les faits – un pacifiste convaincu refusant d'accomplir son service militaire – tombaient dans le champ d'application de l'article 9 ? Cf. Com. EDH [plén.], *N. c. Suède*, 11 oct. 1984, req. n° 10410/83 ; v. aussi Cour EDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97, § 42-43 (la Cour reconnaît que les faits tombent dans le champ d'application de l'article 9 et juge inutile de rechercher l'existence d'une ingérence ; en l'occurrence, le seul constat d'applicabilité de l'art. 9 suffisait dès lors que la violation de cet article était invoquée en combinaison avec l'article 14). V. également Cour EDH, *Ulke c. Turquie*, 24 janv. 2006, req. n° 39437/98 (la Cour n'estime pas nécessaire d'approfondir l'examen de l'applicabilité de l'article 9 dans le cas d'un requérant qui avait refusé de porter l'uniforme et qui, pour cette raison, avait fait l'objet de condamnations pénales successives. Cet argument s'explique simplement par le fait que la Cour y trouve une violation de l'article 3 de la Convention, ces traitements ayant provoqué des douleurs et souffrances graves, qui dépassaient l'élément habituel d'humiliation inhérent à une condamnation pénale ou à une détention. Elle précise d'ailleurs au § 61 de l'arrêt que le cadre juridique turc était insuffisant pour réglementer de manière adéquate les situations découlant du refus d'effectuer le service militaire pour des raisons de conviction).

⁶⁵⁷ Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, préc., § 112.

⁶⁵⁸ Cour EDH, *Bukharatyan c. Arménie*, 10 janv. 2012, req. n° 37819/03 (requérant Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Tsaturyan c. Arménie*, 10 janv. 2012, req. n° 37821/03 (requérant Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Erçep c. Turquie*, 22 nov. 2011, req. n° 43965/04 (requérant Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Feti Demirtaş c. Turquie*, 17 janv. 2012, req. n° 5260/07 (requérant Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Buldu et autres c. Turquie*, 3 juin 2014, req. n° 14017/08 (requérant Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Adyan et autres c. Arménie*, 12 oct. 2017, req. n° 75604/11 (requérants Témoin de Jéhovah) ; Cour EDH, *Papavasylakis c. Grèce*, 15 sept. 2016, req. n° 66899/14 (requérant Témoin de Jéhovah). Sur la qualité du service civil de remplacement, v. Cour EDH, *Adyan et autres c. Arménie*, 12 oct. 2017, préc. : « the right to conscientious objection guaranteed by Article 9 of the Convention would be illusory if a State were allowed to organise and implement its system of alternative service in a way that would fail to offer – whether in law or in practice – an alternative to military service of a genuinely civilian nature and one which was not deterrent or punitive in character. It is therefore necessary to determine whether the alternative labour service available to the applicants at the material time complied with those requirements » (§ 67).

⁶⁵⁹ Cela ne signifie pas pour autant que l'article 9 confère à un adepte d'une certaine religion ou philosophie le droit de refuser la participation de son enfant à un enseignement public qui pourrait être contraire à ses idées : le respect de ses convictions est assuré par l'interdiction faite aux États d'endoctriner les enfants par le biais de cet enseignement (Cour EDH, *A.R. et L.R. c. Suisse*, 19 déc. 2017, req. n° 22338/15, spéc. § 49). Sans référence à l'objection de conscience, la Cour s'est récemment prononcée sur le refus d'un étudiant en théologie d'assister aux services religieux orthodoxes dans le cadre de son diplôme. Elle conclut à l'applicabilité de l'article 9 mais à l'inadmissibilité de la requête (Cour EDH [déc.], *Hadzjinedelchev c. Bulgarie*, 29 août 2017, req. n° 41334/09).

⁶⁶⁰ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10 (cf. l'objection religieuse aux unions homosexuelles de la troisième requérante et du quatrième requérant) ; Cour EDH [G.C.], *Chassagnou et autres c. France*, 29 avr. 1999, req. n° 5088/94, 28331/95, 28443/95 (objection à la chasse qui donnera lieu à la loi n° 2000-698 du 26 juil. 2000 relative à la chasse, dont l'article 14 reconnaît le droit d'objecter à la chasse sur ses terres au nom de convictions personnelles opposées).

cabilité⁶⁶¹. En outre, pèse désormais sur les États l'obligation positive de garantir le droit à l'objection de conscience tant en substance que par la mise en place de garanties procédurales⁶⁶².

120. L'objection de conscience ne bénéficie en France d'aucune garantie constitutionnelle. On lit qu'elle ne peut être invoquée que si elle est prévue par un texte⁶⁶³. La loi française ne reconnaît que quelques cas dans lesquels une personne peut faire valoir une clause de conscience, étant entendu que ces possibilités ne sont pas restreintes aux cas de conscience religieux : y figurent par exemple l'objection de conscience à l'usage des armes⁶⁶⁴, la clause de conscience des journalistes⁶⁶⁵, la liberté de conscience des enseignants⁶⁶⁶ ou encore le droit du praticien hospitalier à refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse⁶⁶⁷.

Dans le domaine médical, le champ d'application de l'objection de conscience renvoie le plus souvent aux questions relatives à l'IVG⁶⁶⁸, à la stérilisation⁶⁶⁹ ou à la recherche sur les embryons⁶⁷⁰, qui sont des procédés médicaux autorisés par la loi. La clause de conscience peut y être analysée comme « la faculté reconnue à certains professionnels de santé de refuser, pour des raisons personnelles, de pratiquer un acte médical ou de contribuer à sa réalisation alors que cet acte est licite »⁶⁷¹. Le Code de la santé publique en organise la mise en œuvre et limite l'étendue de

⁶⁶¹ V. Cour EDH, *Enver Aydemir c. Turquie*, 7 juin 2016, req. n° 26012/11 : le requérant, musulman, refusait d'exécuter le service militaire et demandait à faire valoir son droit à l'objection de conscience. La Cour conclut à l'inapplicabilité de l'article 9, le requérant ne se réclamant ni d'une croyance comportant la conviction qu'il y a lieu de s'opposer au service militaire, ni d'une philosophie pacifiste et antimilitariste.

⁶⁶² V. Cour EDH, *Papavasiliakis c. Grèce*, 15 sept. 2016, req. n° 66899/14, *JCP G*, 2016, p. 1875, note G. GONZALEZ.

⁶⁶³ D. LAZSLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, 1993, p. 162 (« Pas d'objection de conscience sans texte ») ; F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 652, n° 1083. Sur l'objection de conscience, v. tout particulièrement D. HIEZ, « La clause de conscience ou la conscience source du droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209 ; C. PUIGELIER, « Conscience ou inconscience du droit ? », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 857.

⁶⁶⁴ Art. L. 116-1 du Code du service national issu de la loi du 8 juil. 1983 et modifié par la loi 97-1019 du 8 novembre 1997 portant réforme du service national : « Les jeunes gens soumis aux obligations du service national qui, pour des motifs de conscience, se déclarent opposés à l'usage personnel des armes sont, dans les conditions prévues par le présent chapitre, admis à satisfaire à leurs obligations, soit dans un service civil relevant d'une administration de l'État ou des collectivités locales, soit dans un organisme à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt général, agréé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». On notera que la suspension du service militaire obligatoire en 1997 ôte à la question tout intérêt en droit français. Celle-ci reviendra peut-être dans les débats si le Président Macron respecte sa promesse de campagne de réinstaurer un service militaire obligatoire.

⁶⁶⁵ Art. L. 7112-5 du Code du travail.

⁶⁶⁶ Sur ce point v. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 652, n° 1083.

⁶⁶⁷ CC, déc. 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Interruption de grossesse*.

⁶⁶⁸ Art. L. 2212-8 du CSP : Un médecin ou une sage-femme n'est jamais tenu de pratiquer une IVG.

⁶⁶⁹ Ligature des trompes à visée contraceptive, art. L. 2123-1 du CSP : le médecin n'est jamais tenu de pratiquer cet acte à condition d'en informer le patient à la première consultation.

⁶⁷⁰ Art. L. 2151-7-1 du CSP : Aucun chercheur, aucun ingénieur, technicien ou auxiliaire de recherche quel qu'il soit, aucun médecin ou auxiliaire médical n'est tenu de participer à quelque titre que ce soit aux recherches sur des embryons humains ou sur des cellules souches embryonnaires.

⁶⁷¹ G. ROUSSET, « La clause de conscience dans le domaine de la santé, une notion à la croisée des chemins », in *La religion dans les établissements de santé*, sous la dir. de V. FORTIER et F. VIALLA, Les Études Hospitalières, 2013, p. 289 (nous soulignons). Pour d'autres définitions, v. J. BONNEAU, « La clause de conscience et le droit

l'objection de conscience au droit du malade à l'accès aux soins. L'article L.1110-3 dudit code dispose à ce effet que si « aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins », ce principe « ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins » ; ce qui implique que le soignant peut opposer des raisons religieuses, éthiques, ou morales pour manifester son refus de dispenser des soins à un patient – dans la limite de la continuité de l'accès aux soins puisqu'il lui incombe dans cette hypothèse d'orienter le patient vers un confrère⁶⁷². Motivée par des *raisons personnelles*, l'objection de conscience peut tout à fait être religieuse et donc constituer la manifestation de ses convictions religieuses par le soignant.

Quant à l'objection de conscience au service militaire, celle-ci a longtemps été rejetée du droit français, les objecteurs s'exposant, jusque dans les années 1960, à une peine de prison. Ce n'est qu'en 1963, et à la suite d'une grève de la faim entreprise par Louis LECOIN, initiateur du « Comité de Secours aux objecteurs de conscience » composé notamment des intellectuels tels qu'Albert CAMUS, Jean COCTEAU, André BRETON ou encore Jean GIONO, que fut créé un service civil de substitution au service militaire pour raisons de « convictions religieuses ou philosophiques »⁶⁷³. Son acceptation fut toutefois limitée par l'interdiction de toute propagande du statut d'objecteur de conscience⁶⁷⁴ jusqu'en 1983 où la loi Joxe, supprimant ladite interdiction, entérina la possibilité d'un statut d'objecteur de conscience sans justification⁶⁷⁵.

Plus récemment s'est posée la question de savoir si certains maires pouvaient faire valoir un droit à l'objection de conscience à la célébration de mariages entre couples de personnes de même sexe, notamment pour des motifs religieux⁶⁷⁶. Comme les troisième et quatrième requérants de l'arrêt *Eweida c. Royaume-Uni*, certains officiers de l'état civil opposaient leur clause de conscience pour ne pas avoir à faire appliquer la loi de 2013 qui a ouvert le mariage aux couples

médical », *Gaz. Pal.*, 2002, n° 171, p. 23 ; Y. FLOUR, « Rapport de synthèse », in *Sommes-nous propriétaires de notre santé ?*, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 289, p. 47.

⁶⁷² Art. L. 6315-1 du CSP.

⁶⁷³ Loi n° 63-1255 du 21 déc. 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement.

⁶⁷⁴ Art. 11 de la loi n° 63-1255 du 21 déc. 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement : « Est interdite toute propagande, sous quelque forme que ce soit, tendant à inciter autrui à bénéficier des dispositions de la présente loi dans le but exclusif de se soustraire à ses obligations militaires. Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 360 F à 10.000 F ».

⁶⁷⁵ Loi n° 83-605 du 8 juil. 1983 modifiant le Code du service national. Pour un retour sur ces évolutions et leurs fondements, v. F. IHADDADENE, « De l'instruction militaire à l'éducation populaire, que reste-t-il de l'objection de conscience dans le service civique ? », *Mouvements*, 2015/1, n° 81, p. 107.

⁶⁷⁶ A.-M. LEROYER, « Mariage - Personnes de même sexe - Adoption - Nom - État civil - Livret de famille », *RTD Civ.*, 2013, p. 675 : l'auteur y relève en outre des phénomènes d'internormativité dans l'élaboration de la loi du 17 mai 2013. Elle voit dans l'objection de conscience « une technique de résolution d'un conflit de normes existant entre deux systèmes normatifs, notamment moraux ou religieux, et juridique ».

homosexuels⁶⁷⁷. Le Conseil constitutionnel, puis les juridictions administratives, refusèrent à ces officiers le bénéfice d'une clause de conscience qui n'était par ailleurs pas prévue par la loi susmentionnée⁶⁷⁸, au motif que cette impossibilité visait à garantir le bon fonctionnement et la neutralité du service public et ne portait pas atteinte à leur liberté de conscience⁶⁷⁹.

121. De l'ensemble de ces éléments, nous pouvons tirer l'analyse suivante : qu'elle réside dans l'expression ou dans l'opposabilité d'un mode de vie, la manifestation individuelle d'une conviction religieuse se traduit « soit par l'accomplissement d'un bien (manifestation positive) soit par l'évitement d'un mal (manifestation négative) »⁶⁸⁰. Il est toutefois un aspect incontournable de l'extériorisation des convictions religieuses devant être développé : en effet, les manifestations positives des convictions religieuses prennent aussi et bien souvent la forme de comportements religieux collectifs (**II**).

II. LE COMPORTEMENT RELIGIEUX COLLECTIF

« Dans les sociétés libérales démocratiques, le principe est que seul l'individu est titulaire de droits »⁶⁸¹.

122. Bien que le religieux soit « très lié au facteur anthropologique »⁶⁸² l'individu peut constituer le point focal de sa vie religieuse, sans distinction selon qu'il l'exerce individuellement ou collectivement⁶⁸³. L'exercice collectif de la liberté de religion peut s'analyser, en effet, comme l'agrégation de toute une série de manifestations individuelles qu'une entité – qu'on désignera

⁶⁷⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁶⁷⁸ Cf. la circulaire du ministère de la Justice de présentation de la loi du 29 mai 2013 qui rappelle qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du maire d'apprécier l'opportunité de la célébration d'un mariage. Un tel refus expose l'officier d'état civil à des sanctions administratives et pénales (art. L. 2122-16 du CGCT et 432-1s. du Code pénal.). V. aussi la circulaire du ministère de l'Intérieur du 13 juin 2013 qui détaille expressément les conséquences d'un refus illégal de célébrer un mariage : ce refus est constitutif d'une voie de fait, passible de sanctions pénales pour refus d'exécuter la loi (art. 432-1 du Code pénal) ou pour discrimination (art. 432-7 du Code pénal), ainsi que de sanctions disciplinaires (art. 2122-16 du CGCT).

⁶⁷⁹ CC, 18 oct. 2013, déc. n° 2013-353 QPC ; CAA Versailles, 10 déc. 2015, n° 14VE00629, *Cne de Montfermeil, LPA*, 2016, n° 223, note V. COURONNE ; TA Nîmes, 16 janv. 2014, n° 1303653, *Préfet du Vaucluse c/ Cne de Bollène* ; TA Limoges, 10 juill. 2014, n° 1301846, *Préfet de l'Indre c/ Cne de Fontgombault*. Sur l'impossible généralisation de la clause de conscience en raison de la neutralité du service public, v. S. BOUISSON, « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience », *AJFP*, 2003, p. 34.

⁶⁸⁰ G. PUPPINCK, « Objection de conscience et droits de l'homme. Essai d'analyse systématique », *Société, droit et religion*, 2016/1, n° 6, p. 209.

⁶⁸¹ G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de Droit*, 1999, n° 40, p. 721.

⁶⁸² E. MICHELET, « Religion et droit pénal », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 475 (voir p. 481).

⁶⁸³ À l'instar du droit canadien.

dans un premier temps par le terme de communauté religieuse – représente et/ou systématise⁶⁸⁴. En ce sens, la communauté religieuse peut s'analyser comme un moyen de garantir les droits individuels de ses fidèles **(B)**. Il ne s'agit pas de renier à l'entité l'origine, souvent millénaire, des dogmes, rites, voire des modes de vie qu'elle propose ou qu'elle a proposés, mais de recentrer l'analyse autour des droits de l'homme. Du reste, c'est avant tout les droits individuels que la liberté de religion encadre ; la manifestation collective de la religiosité pouvant être juridiquement entendue comme une conséquence de l'existence de libertés individuelles⁶⁸⁵. C'est pourquoi, à la notion de communauté religieuse – qui renvoie à l'idée d'institution religieuse – on ajoutera, à l'instar de Christelle LANDHEER-CIESLAK, celle de *communauté de croyants*⁶⁸⁶. En effet, le comportement religieux collectif n'implique pas nécessairement que la manifestation des convictions religieuses passe par une structure organisée. Lorsque le comportement religieux d'une personne s'associe à d'autres par le rassemblement physique, il relève alors de la manifestation collective. En ce sens, la communauté de croyants matérialise l'expression collective des droits individuels **(A)**.

⁶⁸⁴ Ainsi que le souligne justement un auteur, « Une communauté, ce n'est pas un simple agrégat d'individus ; c'est un groupe cohérent, un "être moral" » (J. ROBERT, « La liberté religieuse », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 629).

⁶⁸⁵ Pour G. KOUBI, c'est d'ailleurs ce qui distingue la liberté religieuse de la liberté de religion. Tandis que la première répondrait à une conception des droits et libertés référencée sur des systèmes de croyances institutionnels, qui ne se conçoit que dans un cadre religieux et qui, par conséquent, n'induit pas la connaissance d'une liberté « irreligieuse », la seconde repose sur la liberté de choix individuel et est à la base de la liberté religieuse ; G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *op. cit.*

⁶⁸⁶ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I].

A. La communauté de croyants, expression des droits individuels

123. La réunion des droits individuels dans une manifestation collective. Comme la liberté d'association, la liberté de manifester sa religion ou sa conviction collectivement, en public ou en privé, peut se diviser en deux branches : d'un côté un droit à la liberté de réunion, que l'on pourrait traduire par le rassemblement de fidèles pour la célébration de rites ou l'exercice du culte ; de l'autre, un droit à la liberté d'association, c'est-à-dire à la constitution de groupes et à l'institutionnalisation d'un système de valeurs religieuses dans une entité déterminée⁶⁸⁷. Or, souvent, la manifestation collective d'une religion ou d'une conviction est comprise sous l'angle de cette seconde branche. Elle se trouve alors liée à l'idée d'une communauté religieuse institutionnalisée et renvoie à une forme de confrontation entre ordres religieux et ordres juridiques étatiques. Pourtant, bon nombre de manifestations collectives, prières et rassemblements traduisent moins la dimension systémique d'une religion que la manifestation concomitante par un ensemble d'individus de leurs propres convictions religieuses.

124. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose aux États un certain nombre d'obligations destinées à garantir ce droit à la manifestation collective. Est ainsi protégé le droit des adeptes d'accéder aux lieux de cultes⁶⁸⁸ ou de disposer d'un lieu de prière⁶⁸⁹, de jouir paisiblement de ces lieux⁶⁹⁰ mais aussi le droit des croyants de se réunir pour *prier ensemble*⁶⁹¹ ou d'organiser rituels et cérémonies exprimant leurs convictions religieuses, telles que des cérémonies funéraires⁶⁹². Entre également dans le champ d'application de l'article 9 en tant que manifestation de la religion par le culte et l'enseignement le fait, pour les membres du groupe religieux des Témoins de Jéhovah, de se prêter à l'étude collective et à la discussion autour de textes religieux⁶⁹³.

⁶⁸⁷ D'ailleurs, lorsqu'il est question des communautés religieuses, la Cour EDH interprète l'article 9 à la lumière de l'article 11 de la Convention (cf. Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96, § 62).

⁶⁸⁸ Cour EDH [G.C.], *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, req. n° 25781/94, § 245.

⁶⁸⁹ Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 sept. 1996, req. n° 18748/91 ; Cour EDH [déc.], *Pentidis et autres c. Grèce*, 9 juin 1997, req. n° 23238/94.

⁶⁹⁰ Cour EDH, *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01.

⁶⁹¹ Cour EDH, *Karaahmed c. Bulgarie*, 24 févr. 2015, req. n° 30587/13, § 111.

⁶⁹² Cour EDH, *Güler et Ugur c. Turquie*, 2 déc. 2014, req. n° 31706/10, 33088/10, § 41-42 : la Cour rattache les cérémonies consécutives à un décès à la notion de rite de l'article 9 de la Convention dès lors que ces cérémonies expriment la conviction des personnes. Pour la Cour, il importe d'ailleurs peu que les personnes décédées soient ou non membres d'une organisation illégale. En l'espèce, le seul fait que la cérémonie en question a été organisée dans les locaux d'un parti politique dans lesquels des symboles d'une organisation terroriste étaient présents ne prive pas les participants de la protection garantie par l'article 9 de la Convention.

⁶⁹³ Cour EDH, *Kuznetsov et autres c. Russie*, 11 janv. 2007, req. n° 184/02, § 57.

Les États eux-mêmes sont tenus de respecter ce droit à la jouissance paisible ainsi qu'à la liberté de réunion religieuse des croyants. En ce sens, ils ne peuvent pas toujours se prévaloir du motif de sauvegarde de l'ordre public pour justifier la dispersion d'un rassemblement, même illégal, de fidèles⁶⁹⁴. À cet engagement plutôt négatif s'ajoute l'obligation pour les États de prendre les mesures adéquates d'intervention et d'enquête si cette jouissance venait à être perturbée⁶⁹⁵.

125. Ces formes de manifestations collectives ne sont pas étrangères au droit français. S'agissant de la participation à la prière, il ne fait pas de doute qu'elle s'analyse comme la manifestation d'une religion ou d'une conviction⁶⁹⁶. De même, le Conseil d'État admet que le respect du droit de *chaque étudiant* à pratiquer, de manière individuelle ou collective, la religion de son choix puisse conduire les CROUS à mettre à disposition d'associations culturelles des locaux permettant de réunir « des étudiants qui habitent dans la résidence universitaire... pour qu'ils exercent les activités que cette association a pour objet d'organiser, au nombre desquelles figure la pratique de prières en commun »⁶⁹⁷. En revanche, les juges judiciaires ont pu faire preuve de moins d'égards à l'endroit de la manifestation collective de leurs convictions religieuses par les fidèles. On considérera ainsi que l'usage non autorisé d'un kiosque, aménagé en salle de prière, appartenant à une société d'HLM par une association culturelle, causait un préjudice à la société – celle-ci ne pouvant disposer du lieu dans l'intérêt de ses locataires⁶⁹⁸. Il arrive alors que la communauté religieuse joue le rôle de gardien des droits individuels de ses fidèles (**B**).

B. La communauté religieuse, garantie des droits individuels

126. La projection des droits individuels dans une personne morale. La Cour européenne n'a de cesse de rappeler que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées⁶⁹⁹, qui prennent la forme soit d'institutions confessionnelles, soit d'entités de droit privé. En effet, « en tant que fait normatif, le fait religieux est susceptible de présider à l'existence et à l'organisation interne de structures collectives distinctes

⁶⁹⁴ Cour EDH, *Kuznetsov et autres c. Russie*, préc. ; Cour EDH, *Krupko et autres c. Russie*, 26 juin 2014, req. n° 26587/07.

⁶⁹⁵ Cour EDH, *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01 ; Cour EDH, *Karaahmed c. Bulgarie*, 24 févr. 2015, req. n° 30587/13.

⁶⁹⁶ V. par exemple : CE, réf., 16 févr. 2004, n° 264314, *Abmed B.* (un employé d'une société de HLM en tant que gardien demandait l'autorisation de s'absenter chaque vendredi de 14h à 15h pour assister à la prière musulmane. On lui refusa. Le caractère de manifestation d'une religion ou d'une conviction ne posait pas de problème, la question portait surtout sur la légalité de la restriction apportée à la liberté de culte de l'intéressé. Le Conseil d'État juge qu'il n'a pas été porté une atteinte manifestement illégale à celle-ci).

⁶⁹⁷ CE, ord. réf., 6 mai 2008, n° 315631.

⁶⁹⁸ CA Versailles, 20 déc. 2012, *Jurisdata* n° 2012-030720.

⁶⁹⁹ Par ex. Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, § 41 ; Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 93.

des institutions confessionnelles »⁷⁰⁰ : les entreprises de conviction. Longtemps désignées sous le terme d'entreprises affinitaires⁷⁰¹, ou d'entreprises de tendance en référence au droit allemand, ces entreprises ont la particularité – parfois en parallèle des biens ou des services qu'elles proposent – d'avoir une destination idéologique spécifique de nature religieuse, philosophique ou, par exemple, éthique.

« La spécificité des entreprises de tendance réside, en effet, dans la dimension religieuse de l'activité de l'entreprise, soit que la norme spirituelle constitue à titre principal l'objet de l'entreprise, soit qu'elle règle les conditions d'exécution de son activité »⁷⁰².

Les associations culturelles dont l'objet principal est dédié à l'exercice d'un culte relèvent évidemment de cette catégorie⁷⁰³ ; toutefois, elles ne détiennent pas le monopole des entreprises de conviction qui peuvent aussi prendre la forme de personnes morales organisant leur activité selon des modalités propres à une idéologie religieuse mais sans que la pratique d'un culte en soit la seule finalité⁷⁰⁴. Tandis que les premières renvoient aux communautés religieuses au sens institutionnel, les secondes font davantage référence à des entreprises privées dont le dirigeant a souhaité organiser l'activité dans le respect des préceptes issus de ses propres convictions religieuses. Il n'en demeure pas moins que ces structures confèrent toutes deux aux communautés religieuses une double fonction : une fonction représentative d'une part, parce qu'elles « respectent les règles que leurs membres considèrent souvent comme étant d'origine divine »⁷⁰⁵ (1) ; une fonction organisatrice d'autre part, dès lors que, par la représentation, elles assurent cohérence et harmonie des manifestations religieuses collectives de leurs fidèles (2).

⁷⁰⁰ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 331, n° 493.

⁷⁰¹ P. WAQUET, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, p. 1427.

⁷⁰² M. PENDU, *op. cit.*, p. 335, n° 497.

⁷⁰³ Cf. CA Paris, 6 déc. 1990, *LPA* 1991, n° 143, p. 13, note J.-Y. PLOUVIN. La Cour EDH reconnaît que des institutions religieuses de droit privé telles que l'Église mormone (Cour EDH, *Obst c. Allemagne*, 23 sept. 2010, req. n° 425/03), une paroisse catholique (Cour EDH, *Schiith c. Allemagne*, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03) ou l'Église protestante (Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02) constituent des employeurs dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions et pouvant à ce titre imposer à leurs employés une obligation de loyauté spécifique. V. aussi Cour EDH, *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 oct. 2009, req. n° 39128/05 (dans le cas de l'Université catholique du Sacré-Cœur de Milan, dont le recrutement des enseignants était soumis à la validation du Saint-Siège) ; Com. EDH, *Rommelfanger c. République Fédérale d'Allemagne*, 6 sept. 1989, req. n° 12242/86 (employé d'un hôpital catholique).

⁷⁰⁴ V. par ex., CA Paris, 25 mai 1990, *JCP E*, 1990.I.20122 : une activité de restauration, bien que ne comportant pas intrinsèquement une connotation religieuse, peut être exercée selon des modalités spirituelles et donc constituer une entreprise de tendance, dès lors que l'établissement employeur présente un attachement à la loi religieuse juive lui permettant de garantir à sa clientèle une nourriture *casher* conformément aux prescriptions de cette religion.

⁷⁰⁵ Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 93 (nous soulignons) ; Cour EDH, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, 24 mai 2016, req. n° 36915/10, 8606/13, § 89.

1. Fonction représentative de la communauté religieuse

127. Si la liberté de manifester sa religion inclut, selon Frédéric SUDRE, la participation à la vie de la communauté religieuse⁷⁰⁶, elle implique pour être effective que cette dernière puisse « fonctionner paisiblement sans ingérence arbitraire de l'État »⁷⁰⁷. À ce titre, les communautés religieuses bénéficient d'un droit à l'autonomie en vertu duquel elles sont libres de toute intervention étatique quant à leur mode d'organisation, leur hiérarchisation éventuelle, leurs rites⁷⁰⁸, ou encore dans la nomination de leurs dirigeants⁷⁰⁹ ; elles disposent du droit d'assurer leur propre protection juridictionnelle, de leurs biens, et, lorsque le droit interne est construit selon un modèle de cultes reconnus comme en Grèce, de leur personnalité morale⁷¹⁰. Cette autonomie, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, est « indispensable au pluralisme » et se trouve « au cœur même de la protection offerte par l'article 9 » de la Convention EDH⁷¹¹.

128. Cela signifie-t-il que les groupements disposent, en tant que tels, de droits spécifiques, disjoints des droits individuels ? Nous en doutons. La protection qui leur est accordée sous l'angle de l'article 9 repose entièrement sur un fondement individuel explicitement assumé par les organes de la Convention. De deux choses l'une : c'est « grâce aux droits reconnus à ses adhérents par l'article 9 », et parce qu'elle est considérée comme « une communauté religieuse organisée, fondée sur une identité ou sur une substantielle similitude de convictions »⁷¹², que l'Église elle-même bénéficie d'une protection de « sa liberté de manifester sa religion, d'organiser et de célébrer son culte »⁷¹³. En outre, c'est aussi *au nom* des droits reconnus à ses adhérents par l'article 9 de la Convention EDH qu'une communauté religieuse peut se réclamer de la protection de cet article⁷¹⁴. En effet, l'obligation qui pèse sur les États de prendre les mesures propres à assurer que

⁷⁰⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 793, n° 529.

⁷⁰⁷ Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96, § 78.

⁷⁰⁸ Cour EDH [G.C.], *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95.

⁷⁰⁹ Cour EDH, *Serif c. Grèce*, 14 déc. 1999, req. n° 38178/97 ; Cour EDH, *Agga c. Grèce (n° 2)*, 17 oct. 2002, req. n° 50776/99, 52912/99.

⁷¹⁰ Cour EDH [déc.], *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99 : La Cour n'est pas de l'avis du gouvernement qui soutenait que la non-reconnaissance de l'Église requérante n'empêchait pas les requérant de nourrir des convictions ni de les manifester au sein du culte déjà reconnu par l'État. Pour conclure à l'existence d'une ingérence dans le droit de la requérante et de ses membres à la liberté de religion, la Cour considère que n'étant pas reconnue, « l'Église requérante ne peut pas déployer son activité. En particulier, ses prêtres ne peuvent pas officier, ses membres ne peuvent pas se réunir pour pratiquer leur religion et, étant dépourvue de personnalité morale, elle ne peut pas bénéficier de la protection juridictionnelle de son patrimoine » (§ 102-106).

⁷¹¹ Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, préc., § 62.

⁷¹² Com. EDH [plén.], *X. c. Danemark*, 8 mars 1976, req. n° 7374/76 (nos italiques).

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ V. par ex. Cour EDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 déc. 1994, req. n° 13092/87, 13984/88, spéc. § 87 : la violation de l'article 1-P1 par la Grèce pour s'être ingérée, *via* une privation de propriété, de façon disproportionnée dans le droit au respect des biens des monastères requérants ne saurait constituer dans le même temps une violation de

des groupes opposés se tolèrent, et qui concerne au premier abord les groupes en tant que tels, vise en réalité à garantir aux membres de ces groupes le libre exercice de leur droit à la liberté de religion⁷¹⁵. Et la Cour EDH de préciser expressément que l'autonomie des communautés religieuses présente « un intérêt direct non seulement pour l'organisation de ces communautés en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de leurs membres actifs du droit à la liberté de religion »⁷¹⁶. On ne s'étonnera donc pas du fait que les organes de la Convention EDH refusent le bénéfice de l'article 9 aux activités lucratives d'une communauté religieuse⁷¹⁷ ou à une société à but lucratif⁷¹⁸ : « Le religieux ne s'accommode [...] pas de l'esprit de lucre »⁷¹⁹. En revanche, le fait pour les autorités nationales de taxer les dons manuels faits à une communauté religieuse s'analyse en une ingérence dans l'exercice des droits protégés par l'article 9 dès lors que cette mesure a pour effet de couper les ressources vitales de l'association, l'empêchant d'assurer concrètement à ses fidèles le libre exercice de leur culte⁷²⁰.

En somme, la communauté religieuse ne se conçoit que dans le ralliement de consciences individuelles. Les convictions religieuses de ses membres en sont la raison d'être.

129. De là naît la fonction représentative de la communauté religieuse. Bien qu'elles soient titulaires d'un droit de recours individuel au sens de l'article 34 de la Convention⁷²¹, les communautés religieuses ne peuvent revendiquer le bénéfice de l'article 9 de la Convention qu'à la condition d'avoir la qualité de victime⁷²², c'est-à-dire si et seulement si leur droit de manifester leur reli-

l'article 9 de la Convention dès lors que cette privation ne visait « en aucune manière les biens des requérants destinés à la pratique du culte et, partant, ne portent pas atteinte à l'exercice du droit à la liberté de religion » (nous soulignons).

⁷¹⁵ Cour EDH, *Affaire Membres de la congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01 : en l'espèce, les requérants Témoins de Jéhovah ont été violemment agressés lors d'un rassemblement collectif par un groupe d'extrémistes orthodoxes qui jugeait leur croyance religieuse inacceptable.

⁷¹⁶ Cour EDH [G.C.], *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, 9 juil. 2013, req. n° 2330/09, §136.

⁷¹⁷ Com. EDH [plén.], *X. et Église de Scientologie c. Suède*, 5 mai 1979, req. n° 7805/77.

⁷¹⁸ Com. EDH [plén.], *X. c. Suisse*, 27 févr. 1979, req. n° 7865/77.

⁷¹⁹ G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997, p. 86.

⁷²⁰ La France a été condamnée à trois reprises pour ce motif. Cf. Cour EDH, *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*, 30 juin 2011, req. n° 8916/05, § 53 ; Cour EDH, *Association Culturelle du Temple Pyramide c. France*, 31 janv. 2013, req. n° 50471/07, § 34-35 ; Cour EDH, *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, 31 janv. 2013, req. n° 50615/07, § 33-34.

⁷²¹ Cet article est ainsi libellé : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». Se sont ainsi vues reconnaître le droit de saisir l'organe de contrôle de la Convention EDH une société commerciale (Cour EDH [plén.], *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, req. n° 12726/87), un parti politique (Cour EDH [G.C.], *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janv. 1998, req. n° 19392/92), un organisme ecclésiastique (Com. EDH [plén.], *Church of Scientology c. Suède*, 5 mai 1979, req. n° 7805/77), etc.

⁷²² La Cour interprète le concept de « victime » comme une notion autonome (Cour EDH [G.C.], *Micallef c. Malte*, 15 oct. 2009, req. n° 17056/06, § 48) qui présente toutefois la particularité de ne pas déterminer la compétence matérielle mais personnelle de la Cour puisqu'elle intervient sur le terrain de la recevabilité (sur ce point v. M.

gion ou celui *de leurs membres*, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites a été effectivement touché⁷²³. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît en ce sens que l'Église ou son organe ecclésial puisse, comme tel, exercer *au nom de ses fidèles* les droits garantis par l'article 9 de la Convention⁷²⁴, et donc être considéré comme requérant au sens de l'article 34 de celle-ci. Il en résulte que si la communauté religieuse peut se présenter devant la juridiction européenne, c'est *in fine* pour que le droit à la liberté de religion de ses fidèles soit respecté.

130. En droit français, les communautés religieuses bénéficient depuis 1905 d'une double autonomie où la liberté organique des Églises se combine à l'indépendance du droit religieux pour servir le principe de neutralité religieuse de l'État. La séparation a eu pour conséquence de supprimer la reconnaissance juridique des communautés religieuses. Celles-ci exercent en revanche leur fonction représentative lorsqu' – en prenant la forme d'une association à objet religieux⁷²⁵ – elles disposent de la personnalité morale. De cette complète autonomie a émergé la nécessité pour l'autorité publique de disposer d'interlocuteurs institutionnels représentant les religions, générant un double degré de représentation par les communautés religieuses de leurs fidèles. Les associations à objet religieux, qui représentent leurs membres de façon générale, coexistent ainsi avec les autorités religieuses institutionnelles. Ces dernières jouent un rôle de médiateur auprès des pouvoirs publics et constituent « une protection contre la fragmentation des demandes religieuses, qui rend problématique tout effort d'aménagement cohérent de la liberté de religion »⁷²⁶. Ces interlocuteurs institutionnels que sont l'Église catholique, le Consistoire Israélite de Paris, la Fédération protestante de France, l'Assemblée des évêques orthodoxes de France, l'Union bouddhiste de France et, depuis 2003, le Conseil français du culte musulman, interviennent auprès du Bureau central des cultes, service qui dépend du ministère de l'Intérieur.

Là encore, l'individu transparait en filigrane derrière les références à la communauté religieuse. Tel est par exemple le cas de la notion de culte, expression employée traditionnellement par le droit français depuis la Révolution⁷²⁷ pour désigner tantôt une institution religieuse – le « culte catholique », le « culte israélite », etc. –, tantôt une activité – « l'exercice du culte » – se

MALBLANC, *La technique des notions autonomes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, th. en cours de préparation).

⁷²³ Com. EDH [plén.], *Church of Scientology et 128 de ses fidèles c. Suède*, 4 juil. 1980, req. n° 8282/78 : la requête est jugée irrecevable dès lors qu'il n'avait pas été établi que les critiques exercées à l'encontre de l'église et de ses membres avaient atteint une violence telle qu'elle mettait réellement en danger leur liberté de religion.

⁷²⁴ Cour EDH [G.C.], *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95, § 72 ; Cour EDH, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99, § 101.

⁷²⁵ Selon l'expression de F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2 éd., Lexisnexis, 2013, p. 1235.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 695.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 43.

déroulant dans un lieu de culte, c'est-à-dire la « célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement par des personnes réunies par une même croyance religieuse de certains rites ou certaines pratiques »⁷²⁸. Ainsi, en sus de sa fonction représentative, la communauté religieuse endosse-t-elle une fonction organisatrice (2).

2. Fonction organisatrice de la communauté religieuse

131. La Cour européenne des droits de l'Homme voit dans l'organisation de la vie de la communauté un droit protégé par l'article 9 de la Convention EDH, sans quoi « tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés »⁷²⁹. Dans une certaine mesure, les communautés religieuses disposent ainsi, comme les États, d'une fonction organisatrice de l'exercice de leur religion, culte, et croyances, à la différence majeure qu'elles ne sont soumises à aucune exigence de neutralité ou d'impartialité⁷³⁰. Elles ne sont en effet pas *tenues* d'assurer la liberté de religion de leurs membres⁷³¹, mais elles *permettent* au demeurant que l'exercice collectif par leurs fidèles de la liberté de manifestation de leurs convictions religieuses soit organisé, uniformisé et systématisé⁷³². À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît qu'en raison de leur autonomie, les communautés religieuses peuvent exiger un certain degré de loyauté de la part des personnes qui travaillent pour elles ou qui les représentent⁷³³.

132. L'organisation du culte. Cette fonction, tirée du droit à l'existence autonome de la communauté religieuse, se manifeste d'abord par l'organisation de l'exercice du culte pour les

⁷²⁸ CE ass., avis 24 oct. 1997, *Association locale des TdJ de Riom*, n° 187122 (nous soulignons).

⁷²⁹ Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 93 ; [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96, § 62 ; Cour EDH [G.C.], *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, 9 juil. 2013, req. n° 2330/09, § 136.

⁷³⁰ Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 sept. 1996, req. n° 18748/91, § 47 : l'État, organisateur « neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances ».

⁷³¹ Com. EDH [plén.], *X. c. Danemark*, 8 mars 1976, req. n° 7374/76.

⁷³² Le respect de l'autonomie des communautés religieuses reconnues par l'État implique, en particulier, l'acceptation par celui-ci du droit pour ces communautés de réagir conformément à leurs propres règles et intérêts aux éventuels mouvements de dissidence qui surgiraient en leur sein et qui pourraient présenter un danger pour leur cohésion, pour leur image ou pour leur unité. Il n'appartient donc pas aux autorités nationales de s'ériger en arbitre entre les organisations religieuses et les différentes entités dissidentes qui existent ou qui pourraient se créer dans leur sphère (cf. Cour EDH [G.C.], *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, préc., § 165 ; Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, § 128).

⁷³³ Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martínez c. Espagne*, préc., § 131. V. également § 137 : « Aux yeux de la Cour, il n'est pas déraisonnable, pour une Église ou une communauté religieuse, d'exiger des professeurs de religion une loyauté particulière à son égard, dans la mesure où ils peuvent être considérés comme ses représentants ». Si la Cour a toujours requis des juridictions nationales qu'elles contrôlent la proportionnalité de l'ingérence dans les droits garantis exercés par les communautés religieuses en vertu de ce devoir de loyauté, elle a récemment considéré que le fait pour les juridictions civiles de se déclarer incompétentes pour connaître d'un recours pour licenciement abusif engagé par un pasteur contre l'Église employeur n'emportait pas violation de l'article 6 § 1 de la Convention, faute pour le requérant de disposer d'un droit au sens de cet article (Cour EDH [G.C.], *Karoly Nagy c. Hongrie*, 14 sept. 2017, req. n° 56665/09, *JCP G*, 2017, n° 40, p. 1767, note L. MILANO).

fidèles de la communauté religieuse. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu considérer que le refus des autorités turques d'organiser un service public du culte alévi distinct de celui du culte musulman sunnite valait refus de reconnaissance du caractère cultuel de cette confession, que ce refus entraînait « de nombreuses conséquences susceptibles d'affecter, entre autres, l'organisation et la poursuite, ainsi que le financement [de ses] activités culturelles »⁷³⁴, et qu'il revenait finalement à « nier l'existence autonome de la communauté alévie »⁷³⁵. Aussi, les modalités d'organisation du culte, telles que la célébration par des ministres du culte des cérémonies religieuses, leur participation à la vie de la communauté ainsi que le statut des lieux de culte, sont elles aussi regardées comme une manifestation particulière relevant de la protection de l'article 9 de la Convention⁷³⁶.

Dans sa fonction d'organisation du culte, la communauté religieuse substitue son appréciation à celle de ses membres ou de ses officiants ; l'objectif étant d'assurer une manifestation collective harmonieuse de leurs convictions par des individus se revendiquant de la même confession. Les règles qu'elle fixe à ce titre s'imposent à ses ministres du culte qui ne disposent pas du droit de défendre ou d'imposer des conceptions ou des conditions religieuses différentes⁷³⁷. En droit français, cette fonction organisatrice est parfaitement illustrée par le cas des associations cultuelles qui sont soumises à un certain nombre de règles de fond pour se constituer, parmi lesquelles celles d'avoir pour objet exclusif l'entretien et l'exercice public d'un culte ainsi que la conformité aux règles générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice⁷³⁸.

133. Le prosélytisme et la prédication. La communauté religieuse exerce en outre une fonction organisatrice de la liberté de religion de ses fidèles lorsqu'elle assure la diffusion et l'enseignement des préceptes de la religion dont ils se revendiquent dans l'exercice de cette liberté. En substance, prosélytisme et prédication participent à la garantie de la liberté de se convertir dès lors qu'ils contribuent à la publicité de l'Église qu'ils représentent et assurent ainsi la diversité

⁷³⁴ Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 95.

⁷³⁵ *Ibid.*, § 121.

⁷³⁶ Cour EDH, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, 24 mai 2016, req. n° 36915/10, 8606/13, § 89 : « De plus, les cérémonies religieuses ont une signification et une valeur sacrée pour les fidèles lorsqu'elles sont célébrées par des ministres du culte qui y sont habilités en vertu de ces règles. La personnalité de ces derniers, ainsi que le statut de leurs lieux de culte sont assurément importants pour tout membre actif de la communauté, et leur participation à la vie de cette communauté est donc une manifestation particulière de leur religion qui jouit en elle-même de la protection de l'article 9 ».

⁷³⁷ Cf. Com. EDH [déc.], *Karlsson c. Suède*, 8 sept. 1988, req. n° 12356/86 ; Com. EDH [plén.], *X. c. Danemark*, 8 mars 1976, req. n° 7374/76 (l'ecclésiastique avait soumis le baptême à des conditions contraires aux directives de la plus haute autorité administrative de son église).

⁷³⁸ L'article 4 de ladite loi précise que ces associations se conforment « aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ». Le Conseil d'État a construit des conditions pour demeurer ou devenir attributaire de la qualité d'association cultuelle : l'association doit être légalement formée aux termes de la loi de 1905 et avoir pour objet exclusif l'entretien et l'exercice public d'un culte ; l'association doit se conformer aux règles d'organisation générale du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice.

de l'« offre » religieuse. Les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme reconnaissent à cet égard que le droit d'essayer de convaincre son prochain puisse être exercé aussi bien individuellement⁷³⁹ que collectivement⁷⁴⁰, sans quoi la liberté de changer de religion ou de conviction consacrée par l'article 9 risquerait de demeurer lettre morte⁷⁴¹.

L'enseignement religieux par la prédication peut ainsi prendre diverses formes d'un pays à un autre selon que les États mènent vis-à-vis des Églises, des politiques plus ou moins ouvertes, plus ou moins coopératives et plus ou moins exclusives. Ces politiques conditionnent en effet leurs relations aux communautés religieuses et, par conséquent, leur appréhension de l'enseignement religieux sur leur territoire⁷⁴². La Cour EDH ne s'oppose guère à ce que les États eux-mêmes répandent par l'enseignement des informations ou des connaissances ayant un caractère religieux ou philosophique dans la mesure où l'enseignement scolaire est préservé du prosélytisme⁷⁴³. Évidemment, cette exigence ne prive pas les communautés religieuses du droit de faire du prosélytisme⁷⁴⁴, y compris en droit français⁷⁴⁵. Néanmoins, celles-ci ne peuvent revendiquer que soit imposée aux États l'obligation d'autoriser l'éducation religieuse dans les écoles ou les garderies publiques⁷⁴⁶. En France, à l'exception de l'Alsace-Moselle, il n'est évidemment pas question – en raison du principe de laïcité – que l'État prenne en charge la diffusion de préceptes issus d'une ou de plusieurs religions sur son territoire. L'enseignement confessionnel dépend, en vertu de la liberté de l'enseignement⁷⁴⁷, en grande partie d'établissements scolaires privés. L'État assure

⁷³⁹ Cf. *supra* n° 109.

⁷⁴⁰ On notera que le chef religieux bénéficie de la protection de l'article 9 de la Convention. Il est considéré à ce titre comme exerçant sa religion collectivement, en public, par le culte et l'enseignement, cf. Cour EDH [déc.], *Serif c. Grèce*, 26 janv. 1999, req. n° 38178/97, § 39 et § 51 (« Pour la Cour, punir une personne au simple motif qu'elle a agi comme chef religieux d'un groupe qui la suit volontairement ne peut toutefois guère passer pour compatible avec les exigences d'un pluralisme religieux dans une société démocratique ») ; Cour EDH, *Agga c. Grèce (n° 2)*, 17 oct. 2002, req. n° 50776/99, 52912/99.

⁷⁴¹ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 31.

⁷⁴² V. par ex. Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014 : la Cour y note que dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe les églises et communautés religieuses concernées « ont un rôle codécisionnel, voire exclusif, dans la désignation et le licenciement des professeurs de religion, indépendamment du système de financement – direct ou indirect – de cet enseignement » (§ 143).

⁷⁴³ Cour EDH [G.C.], *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, § 62 : « l'État, en s'acquittant de ses fonctions en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste, permettant aux élèves de développer un sens critique à l'égard notamment du fait religieux dans une atmosphère sereine, préservée de tout prosélytisme. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui pourrait être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents ».

⁷⁴⁴ Cour EDH, *Leela Forderkreis E.V. et autres c. Allemagne*, 6 nov. 2008, req. n° 58911/00 (promotion de la doctrine Osho).

⁷⁴⁵ V. CA Lyon, 28 juil. 1997, *Jurisdata* n° 1997-045013, *D.* 1997. 197 ; *JCP G* 1998, II, 10025, com. M.-R. RENARD : « l'église de scientologie peut revendiquer le titre de religion et développer en toute liberté, dans le cadre des lois existantes, ses activités y compris ses activités missionnaires, voire de prosélytisme ».

⁷⁴⁶ Cour EDH, *Savež Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, 9 déc. 2010, req. n° 7798/08, § 57.

⁷⁴⁷ CC, déc. n° 77-87 DC, 23 nov. 1977, cons. 3. La liberté de l'enseignement se compose ainsi de trois volets : la liberté de l'enfant (ou plus précisément de ses parents) de choisir librement son enseignement conformément à ses convictions personnelles, la liberté du maître d'enseigner librement ce qu'il croit et la liberté d'entreprendre (c'est-à-dire de créer des établissements d'enseignement).

quant à lui, et c'est une particularité française, un enseignement interdisciplinaire du *fait religieux*⁷⁴⁸ tandis que la majorité de ses voisins européens dispensent un enseignement spécifique et non catéchétique des religions⁷⁴⁹.

*

*

*

⁷⁴⁸ Le fait religieux est enseigné dans de nombreuses matières comme l'histoire, la philosophie ou les lettres. Pour assurer un tel enseignement dans un cadre laïque, l'Institut européen en science des religions fut créé en 2006 et encadre la formation des enseignants sur ces questions. V. P. GAUDIN, « Missions de l'Institut européen en sciences des religions et missions de l'école », *Institut européen en sciences des religions*, en ligne : <<http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/laicite/enseignements-faits-religieux/missions-linstitut-europeen-sciences-religions-missions-lecole>>.

⁷⁴⁹ Remis à l'Assemblée Nationale en 2003, le rapport Debré précise que cet enseignement y est effectué par des professeurs laïques, parfois en collaboration avec des ministres du culte. Cf. J.-L. DEBRE, *Rapport sur la question du port des signes religieux à l'école*, Rapport fait au nom de la mission d'information - Assemblée nationale, 2003, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t1.asp#P566_127369>.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

134. Binarité. Dans l'intimité de la conscience, la conviction religieuse est intouchable ; la liberté de conscience est inviolable. Il eût donc été logique de ne pouvoir trouver aucun signe de cette forteresse intérieure dans les décisions de justice. Pourtant, celle-ci s'est révélée dans le discours judiciaire au travers de son avatar : le sentiment religieux. Demeuré dans le tréfonds intime de la conscience, le sentiment religieux est juridiquement insaisissable. C'est toutefois lorsqu'il est heurté qu'il se dévoile. Ainsi, le sentiment religieux a-t-il fait l'objet d'une jurisprudence fournie dans divers domaines juridiques allant du droit pénal au droit de la famille, impliquant souvent un conflit avec l'exercice par autrui de sa liberté d'expression. À ce volet intime s'est ajoutée une dimension extériorisée de la conviction religieuse. L'étude des décisions judiciaires est allée en ce sens, mettant en lumière que « la conviction exige souvent des comportements et des pratiques »⁷⁵⁰. Le travail d'identification des différentes formes d'extériorisation des convictions religieuses nous a permis d'en distinguer deux grandes catégories : les comportements que l'individu exerce seul et ceux qu'il adopte collectivement, c'est-à-dire lorsque ses convictions religieuses s'expriment au travers et grâce à une communauté religieuse. Au-delà de ses significations transcendantes et de ses rapports avec la religion, c'est donc au travers d'un concept binaire que le discours juridique s'est familiarisé lorsqu'il est question des convictions religieuses d'un individu.

⁷⁵⁰ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Droit français des religions*, 2^e éd., Lexisnexis, 2013, p. 645, n° 1071.

CONCLUSION DU TITRE 1

135. Les « convictions religieuses », apparition et composition d'un concept nouveaux.

Le concept de « convictions religieuses » a émergé sur un terreau séparatiste et individualiste. Le divorce des Églises et de l'État, scellé par la loi de 1905, a contribué à l'isolement et au détachement d'un ordre juridique distinct de l'ordre juridique étatique : celui des religions, avec leurs dogmes et, parfois, leur hiérarchie et leurs institutions. À compter de ce jour, l'ordre juridique religieux évolue parallèlement à son homologue étatique. Néanmoins, cette sécularisation ne s'est pas accompagnée d'un recul du religieux, et le désenchantement du monde⁷⁵¹ s'est surtout limité au désenchantement des organes temporels. Tandis que les institutions étatiques se séparaient des Églises, le développement de l'individualisme en droit comme en philosophie prit le relais en matière de religiosité. C'est ainsi que les convictions religieuses, individualisation de la religion, apparurent dans le discours et le raisonnement juridique comme le produit de l'exercice par l'individu de sa liberté de choix et le prolongement de son autonomie personnelle. Les occurrences de la notion dans le discours juridique et leur traduction dans le discours judiciaire ont permis d'en mettre en exergue la composition et le caractère binaire. Celle-ci s'est montrée plurielle, organisée autour de deux composantes : à la fois intérieure et extériorisable, la conviction religieuse apparaît et est employée presque naturellement dans des décisions de justice, aussi bien françaises qu'européennes. Cette communauté de perception traduit une compréhension comparable du fait religieux à l'échelle nationale et communautaire.

136. Toutefois, ce retour du religieux dans le champ juridique a généré des inquiétudes. En France, les convictions religieuses se sont traduites comme l'individualisation d'un conflit de cultures qui fait naître la crainte du développement d'un vecteur individualisé de communautarisme religieux. Finalement, le phénomène génère malaises, incertitudes et craintes, à tel point que s'est développée en droit français une conception philosophique du principe de laïcité, opposable à la liberté de religion des individus et visant à renforcer la neutralité en l'étendant aux personnes privées. Dans le raisonnement juridique, cette donnée religieuse individualisée suscite la prudence des juges judiciaires qui, tout en voulant protéger la liberté de religion, évincent les convictions religieuses de leur méthode (**Titre 2**).

⁷⁵¹ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985.

TITRE 2 – L’EVICION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DE LA METHODE JUDICIAIRE

137. Positionnement du problème. Le fait d’exclure les convictions religieuses du raisonnement et de la méthode permet-il efficacement aux juges judiciaires de demeurer neutres à l’égard du religieux ? Pourquoi procéder par l’exclusion plutôt que par la compréhension ? L’étude du droit français des religions et des décisions de justice nous a permis de mieux comprendre les justifications épistémologiques motivant une telle exclusion. Celle-ci s’est montrée comme le produit d’une technique juridictionnelle bien établie (**Chapitre 1**), quoiqu’imparfaite (**Chapitre 2**), notamment en raison des conséquences et des implications qu’un tel refus de prise en compte était susceptible d’avoir sur la liberté de religion et sa protection juridictionnelle.

138. Prudence. Si l'on avait dû résumer en un mot l'attitude des juridictions judiciaires à l'égard du religieux, le terme adéquat eût certainement été celui de la prudence : prudence dans les postulats, dans les décisions, dans la motivation. Mais comme on a pu le voir chez ARISTOTE, le prudent ne se décharge pas du « devoir de juger, c'est-à-dire de comprendre » : il « pénètre d'une raison plus "raisonnable" que "rationnelle" le sensible et le singulier »⁷⁵². Pour le juge judiciaire, cette prudence et cette raisonnable se traduisent par un souci de neutralité juridictionnelle au nom de laquelle ils évincent les convictions religieuses de la méthode de raisonnement. Une telle éviction nous est apparue comme un véritable automatisme épistémologique (**Section 1**) mais aussi comme une stratégie méthodologique (**Section 2**) débouchant finalement sur une protection judiciaire indirecte de la liberté de religion.

⁷⁵² P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, PUF, 1963 (1997, p. 152).

SECTION 1 – UN AUTOMATISME EPISTEMOLOGIQUE

139. De la neutralité à la neutralisation. L'éviction des convictions religieuses du justiciable de la production et de la rédaction des décisions de justice est justifiée par des fondements axiologiques inhérents à la pensée juridique française (**I**). Elle se manifeste dans les décisions de justice comme le résultat d'un procédé décisionnel neutralisant (**II**).

I. DES FONDEMENTS AXIOLOGIQUES

140. L'une des raisons principales tenant à l'éviction des convictions religieuses du raisonnement judiciaire s'explique par l'axiologie dominante de la République française : son caractère indivisible (**A**). À ce titre, on comprend dans quelle mesure les juges judiciaires refusent de considérer ces données religieuses : au fond, cela ne reviendrait-il pas à conférer des effets juridiques à une norme religieuse ? Nous avons constaté que ces fondements reposaient bien souvent, chez les juges, sur des paralogismes de compréhension (**B**) inhérents au domaine concerné : celui de la religiosité, de la laïcité et de l'identité en France.

A. La République une et indivisible

141. Le système juridique français a été construit autour de la promotion de l'universel comme vecteur d'égalité entre les Hommes, nés *libres et égaux en droits*, soumis à une Loi qui est la même pour tous (1). Ce fondement a généré dans l'appréhension de la religiosité l'exigence d'une cécité de la règle de droit envers les différences individuelles, qui repose sur la base d'un modèle abstrait généré par la norme juridique et imposant de respecter une neutralité envers toute forme de convictions, y compris religieuses (2).

1. Universalité du droit et égalité des individus

142. La question de l'universel et de l'universalisme juridique en France est un sujet qui suscite d'importants et fondamentaux développements. Les propos subséquents aborderont cette question de façon générale, afin de conférer à la démonstration une clef de compréhension des raisons qui conduisent les juridictions judiciaires à évincer les convictions religieuses des justiciables des décisions de justice.

143. Universalité, laïcité, égalité. Dans la pensée philosophique et religieuse, la question de l'universalisme a été sous-tendue par l'idée de l'égalité de tous les êtres humains en dignité et en droits⁷⁵³. L'importance acquise par le concept d'universalité est le reflet « d'idées et de croyances qui ont cheminé depuis l'Antiquité grecque jusqu'à devenir dominantes, en Europe, à l'époque moderne »⁷⁵⁴. En France, il s'est juridiquement concrétisé avec la Révolution française et la proclamation des droits universels de l'homme que la pensée des Lumières avait déjà fait germer. Acquis de la Révolution, le principe de l'universalité de la règle de droit est aujourd'hui encore profondément ancré dans notre tradition juridique et est considéré comme l'un des fondements de notre « modèle républicain », comme un « totem constitutionnel »⁷⁵⁵ au point de revêtir une dimension axiologique⁷⁵⁶.

Par ailleurs, c'est aussi à la pensée des Lumières que l'on doit les traits caractéristiques d'une réflexion envisageant un universalisme non plus fondé sur la Religion mais sur la Raison et cherchant à hiérarchiser le pouvoir supérieur de la raison humaine sur la croyance religieuse. Avec les Lumières, l'universalité a changé de signification : « il ne s'agit plus d'un universel divin, mais d'un universel humain »⁷⁵⁷, ce qui permettait aussi de porter sur les textes religieux un regard critique (« [L]'Écriture ne doit pas échapper à l'emprise de la pensée »⁷⁵⁸). On admit donc que la raison surplombait et devait surplomber les interprétations dogmatiques des textes sacrés. Certains philosophes firent à ce titre preuve d'une grande sévérité à l'encontre de l'Église⁷⁵⁹, tandis que d'autres adoptèrent une position de compromis entre l'esprit des Lumières et la foi chrétienne⁷⁶⁰. C'est notamment baigné dans ce contexte philosophique rationaliste que le droit français s'est imprégné d'une conception moderne du droit naturel, selon laquelle l'Homme naît avec des droits naturels et imprescriptibles au premier rang desquels se trouvent la liberté et l'égalité⁷⁶¹. De la même manière, le contexte révolutionnaire, profondément marqué par les distinctions longtemps opérées au Moyen-Âge entre les trois ordres (la noblesse, le clergé et le tiers-état), mit au cœur de la pensée juridique la contestation de la domination religieuse sur les institutions étatiques, en l'occurrence celle de l'Église catholique, et l'égalité entre tous les *citoyens* du point de vue

⁷⁵³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 9-10, v. ég. p. 45s.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁷⁵⁵ N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, Vol. 27, p. 380, spéc. p. 382 et 385.

⁷⁵⁶ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁵⁸ H. GHORBEL, « Christianisme et athéisme dans la pensée de Rousseau », in *Athéisme dévoilé / Athéisme voilé*, Colloque international de l'Université de Mons, 26-27 oct. 2012, en ligne : <<http://www.dogma.lu/pdf/HG-RousseauChristianisme.pdf>>.

⁷⁵⁹ L'on pense notamment à Voltaire qui lutta contre les « préjugés religieux » dans *Candide* et dans son *Dictionnaire philosophique*.

⁷⁶⁰ Notamment J.-J. ROUSSEAU et E. KANT.

⁷⁶¹ DDHC, Art. 1 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». L'article 2 s'avère également incontournable en ce qu'il consacre la liberté comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme.

des droits civils et politiques. La laïcisation de l'état civil (le 20 septembre 1792), par exemple, en fut la conséquence logique⁷⁶². Rationalité et souveraineté de la loi devinrent avec la Révolution « des précompréhensions du discours juridique »⁷⁶³ et dessinèrent alors la consécration de l'association entre droit universel laïque et égalité des individus.

L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 acheva l'association de l'égalité et de la laïcité. En posant les principes d'indivisibilité de la République française et d'égalité devant la loi de tous les citoyens, c'est tout le système juridique français qui fut placé au sein d'un « projet d'homogénéisation et d'unité »⁷⁶⁴ qui institutionnalisait la prééminence de l'indivisible⁷⁶⁵. L'universalité de la norme juridique s'appréhende alors comme une garantie de l'égalité. L'égalité de droits s'entendit comme la garantie d'un droit universel et abstrait qui bénéficie à tous les individus quelles que soient leurs options spirituelles⁷⁶⁶. En ayant les mêmes droits, les hommes peuvent tous déployer leur liberté selon les mêmes conditions, ce qui n'était pas le cas avant, en raison des privilèges. Cette conception a traversé les siècles et perduré dans la conscience juridique moderne. Il est acquis aujourd'hui que si : « l'égalité passe par l'uniformité de la règle applicable, l'universalité suppose l'uniformité : tous les individus doivent être traités de façon identique »⁷⁶⁷.

144. Les principes d'unité et d'indivisibilité de la République furent mobilisés et invoqués en 2004 pour justifier l'intervention législative sur le port des signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics⁷⁶⁸. Jusqu'alors, le Conseil d'État avait rappelé le droit à la liberté des élèves de manifester leur religion à l'école⁷⁶⁹ et laissé à la discrétion des chefs d'établissements la réglemen-

⁷⁶² Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica*, 2012, n° 2, 14, p. 152 ; v. également E. POULAT, *La solution laïque et ses problèmes*, Berg International, 1997, p. 117 et M. GARAUD, *La Révolution française et la famille*, PUF, 1978, p. 21.

⁷⁶³ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 72, n° 100.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 155, n° 246.

⁷⁶⁵ Cf. N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, Vol. 27, p. 380 ; v. également R. DEBBASCH, « Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République », in *Droit public positif*, sous la dir. de L. FAVOREU, Economica, PUAM, 1988, p. 406 : « si la République est indivisible, c'est que son unité ne peut pas, ne doit pas être entamée ».

⁷⁶⁶ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>, spéc. p. 66 : « [L]a liberté de conscience, l'égalité de droit, et la neutralité du pouvoir politique doivent bénéficier à tous, quelles que soient leurs options spirituelles » (nous soulignons).

⁷⁶⁷ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁶⁸ 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.

⁷⁶⁹ CE, 27 nov. 1989, avis n° 346893, *Port du foulard islamique* : « [d]ans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels il entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activi-

tation du port de signes religieux dans l'enseignement primaire et secondaire⁷⁷⁰. Dans un avis du 27 novembre 1989, il avait énoncé :

« 3 - Il appartient aux autorités détentrices du pouvoir disciplinaire d'apprécier, sous le contrôle du juge administratif, si le port par un élève, à l'intérieur d'un établissement scolaire public ou dans tout autre lieu où s'exerce l'enseignement, d'un signe d'appartenance religieuse qui méconnaîtrait l'une des conditions énoncées au 1 du présent avis ou la réglementation intérieure de l'établissement, constitue une faute de nature à justifier la mise en œuvre de la procédure disciplinaire et l'application, après respect des garanties instituées par cette procédure et des droits de la défense, de l'une des sanctions prévues par les textes applicables, au nombre desquelles peut figurer l'exclusion de l'établissement »⁷⁷¹.

Henri PENA-RUIZ⁷⁷² expliquait ainsi que cet avis avait eu pour effet de créer une disparité selon les établissements scolaires dans la mise en œuvre du principe de laïcité, soumettant son application à la merci du rapport de force local. Le législateur serait alors intervenu car il ne fallait plus laisser l'autorité locale apprécier les situations particulières, et il était donc nécessaire, face au « désarroi » des chefs d'établissements et des professeurs⁷⁷³, de redire le droit pour que l'unité soit respectée⁷⁷⁴.

Cette dimension unitaire a également été mobilisée au service d'une conception formelle de l'égalité en droit constitutionnel. Comme le souligne Nicolas BLANC, l'unicité du peuple français et l'impossibilité d'établir des catégories, rappelées à l'occasion d'une décision du 25 février 1982 relative au statut de la Corse⁷⁷⁵, assurent « l'égalité devant la loi et *vice versa* »⁷⁷⁶. En rejetant la notion de « peuple corse », le Conseil Constitutionnel aurait « refusé d'ouvrir la boîte de Pandore, c'est-à-dire faire de la société française une juxtaposition de communautés objectivement consti-

tés d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

⁷⁷⁰ « Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires peut, en cas de besoin, faire l'objet d'une réglementation destinée à fixer les modalités d'application des principes qui viennent d'être définis, compte tenu de la situation propre aux établissements [...]. La réglementation de la discipline dans les écoles [...] relève [...] de la compétence d'une part de l'inspecteur d'académie, qui arrête le règlement-type du département après consultation du Conseil de l'éducation nationale et d'autre part du conseil d'école, qui vote le règlement intérieur [...]. Dans les lycées et collèges, cette réglementation est de la compétence du conseil d'administration de l'établissement [...] » ; pour l'application jurisprudentielle de ces principes, v. CE, 2 nov. 1992, *M. Kherouara et Mme Kachour*, *N. Balo et Mme Kizic*, *LPA*, 24 mai 1993, n° 62.

⁷⁷¹ CE, 27 nov. 1989, avis n° 346893, *Port du foulard islamique*.

⁷⁷² H. PENA-RUIZ a été membre de la Commission Stasi, chargée de mener une réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. Le rapport préconisait notamment l'interdiction des signes ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics dans le but de « fixer une règle de vie en commun » (p. 59), Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>.

⁷⁷³ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>, spéc. p. 57.

⁷⁷⁴ H. PENA-RUIZ, « Faut-il "apaiser" la laïcité ? », *Rue des écoles*, 18 sept. 2016, *Podcast France Culture*, en ligne : <<http://www.franceculture.fr/emissions/rue-des-ecoles/faut-il-apaiser-la-laicite>>.

⁷⁷⁵ CC Déc. n° 82-138 D.C., 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*.

⁷⁷⁶ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 296, n° 466.

tuées sur des bases ethniques, religieuses ou linguistiques »⁷⁷⁷. L'égalité formelle trouve ici sa raison d'être dans le refus de la prise en considération de caractéristiques particulières propres à un *groupe* d'individus sur le territoire de la France républicaine. Dans cette optique « l'égalité se traduit logiquement par l'invisibilité juridique des groupes que le droit doit ignorer »⁷⁷⁸.

145. Le rejet de principe du pluralisme juridique. De surcroît, le système français tend à se représenter le droit fondé sur une base unitaire : la loi. En statuant de façon générale et abstraite, celle-ci représente une garantie de la liberté et de l'égalité formelle. Elle préfère, au nom de la sécurité, la règle rigide à la règle élastique, la logique à l'équité⁷⁷⁹. Le droit se vêt alors d'une robe exclusiviste en ce qu'il exclut le caractère juridique de « ce qui ne rentre pas en lui-même »⁷⁸⁰. Dans cette optique, le pluralisme juridique est réfuté non seulement parce qu'il s'opposerait à la suprématie de l'ordre juridique étatique⁷⁸¹ mais aussi parce qu'il porterait atteinte à la rigidité de la règle de droit en aboutissant à une « extrême relativité » des normes de conduite⁷⁸². Dans la pratique judiciaire, un tel rejet du pluralisme juridique conduit le juge à exclure du raisonnement judiciaire ce qui relève de l'ordre juridique religieux. Si bien que même si « sa conscience du droit est pluraliste, sa pratique judiciaire demeure essentiellement moniste, agissant comme si la seule source du droit sur le territoire national était celle de l'État dont il est le représentant »⁷⁸³.

146. Dans sa dimension universelle et unitaire, le droit français entend assurer l'égalité des citoyens devant la loi. Ce principe d'égalité s'est teinté en France d'une dimension formelle orientée sur la volonté de ne pas distinguer les individus en les rattachant à un groupe, mais en les appréhendant par le biais de leur statut de citoyen français. Ce statut vient ébaucher la consistance juridique d'un individu dont la silhouette insécable, indivisible, s'aligne avec le principe de neutralité du droit civil (2).

⁷⁷⁷ S. PIERRÉ-CAPS, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *RSAMO*, 1990, n° 31, p. 141 (voir p. 148).

⁷⁷⁸ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 61.

⁷⁷⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 2005, p. 256. L'École individualiste s'opposerait ainsi à l'École sociale qui reproche souvent à la loi de n'être qu'une représentation infidèle des tendances d'un peuple puisqu'elle ne reconnaît pas l'autorité indiscutable de la coutume (et donc de l'expérience).

⁷⁸⁰ A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸¹ Certains auteurs ont même parlé de sa vocation totalitaire en ce que le droit organise tous les éléments qui l'entourent en référence à lui-même ; v. sur ce point J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ Droit prospectif*, 1993, n° 2, p. 573.

⁷⁸² V. en ce sens, C. ATIAS, « Éléments pour une méthodologie juridique de notre temps (suite) le mythe du pluralisme civil en législation », *RTD Civ.*, 1982, n° 2, p. 244.

⁷⁸³ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 533, n° 807.

2. Neutralité du droit civil et indivisibilité de l'individu

147. La règle de droit, aveugle aux différences. La conception formelle de l'égalité se traduit par un modèle juridique référencé sur l'unité et l'indivisibilité de la personne. Elle suppose pour la loi et pour les juges judiciaires d'être « aveugles »⁷⁸⁴ aux particularités religieuses des individus dans la *création* et l'*application* de la règle de droit. Aux yeux de la loi, toute personne est envisagée abstraitement comme *un* citoyen avant d'être philosophe, politique ou religieux⁷⁸⁵. Autrement dit, la citoyenneté s'opposerait à toute prise en compte de différentialismes⁷⁸⁶. La conception française de la République laïque, indivisible, sociale, n'appréhende donc le sujet de droit qu'en tant que citoyen, indifféremment de son origine, de sa race, ou de sa religion⁷⁸⁷. « Pour le dire plus simplement : la laïcité est l'affirmation universaliste que l'on est d'abord un être humain et un citoyen avant d'être quoi que ce soit d'autre »⁷⁸⁸. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré qu'au regard de l'article 1^{er} de la Constitution au terme duquel « la France est une République laïque », il n'est pas possible de se prévaloir de ses propres convictions ou particularismes religieux pour s'affranchir de règles communes⁷⁸⁹. Au nom de l'égalité et de la non-discrimination, l'individu est juridiquement appréhendé comme une entité monolithique. Cette unité semble incompatible avec toute volonté de prise en considération du pluralisme qui se manifesterait en l'occurrence au travers des convictions religieuses de l'individu car toutes les croyances sont placées sur un même pied d'égalité. De fait, la conviction religieuse n'est pas juridiquement considérée pour ce qu'elle représente aux yeux de l'individu et, par principe « indifférente [...] à l'ordre juridique »⁷⁹⁰. Elle n'a donc aucune portée juridique. Cela ne signifie assurément pas que le droit français n'entend pas tenir compte des convictions religieuses : celles-ci bénéficient d'une protection sous l'angle du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. En effet, « l'ordre étatique peut se mobiliser pour la défense des convictions religieuses individuelles » de même que

⁷⁸⁴ C. LANDHEER-CIESLAK, « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Les Cahiers de droit*, 2006, n° 2, vol. 47, p. 239.

⁷⁸⁵ Pour des exemples de progrès de l'égalité induits par l'invisibilité juridique des groupes, v. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 61.s.

⁷⁸⁶ A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, LGDJ, 2009.

⁷⁸⁷ CC, déc. n° 91-290 D.C., 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, cons. 12 : le juge constitutionnel y rappelle, rejetant la notion de « peuple Corse », que la Constitution ne connaît que le peuple français « composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁷⁸⁸ V. sur ce point, rattachant l'universalisme à la laïcité, P. GAUDIN, « Le droit, la philosophie, l'histoire », *Le débat*, 2015, n° 185, p. 109.

⁷⁸⁹ C.C., déc. n° 2004-505 D.C., 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18 : « [L]es dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", [...] interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ».

⁷⁹⁰ C. ATIAS, « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.*, 2006, p. 2887.

« le respect de la liberté de conscience peut prendre la forme de dérogations au droit étatique »⁷⁹¹. Néanmoins, cette indivisibilité contribue à nourrir la conception d'un principe inhérent à la question des convictions religieuses en droit français : celui de sa neutralité. Les convictions placées sur un pied d'égalité, dénuées de toute portée juridique et absorbées par l'appréhension monolithique de l'individu induisent une compréhension axiologique du principe de neutralité⁷⁹² en vertu de laquelle les convictions religieuses échappent au pouvoir d'appréciation judiciaire.

148. La neutralité axiologique, clef de voûte du raisonnement juridique. Cette neutralité prend pour le juge judiciaire la forme d'un double devoir de réserve⁷⁹³ : le premier portant sur les convictions religieuses individuelles ; le second, plus collectif, portant sur l'appartenance religieuse. En ce qui concerne les premières, les juridictions judiciaires ont affirmé dès 1912 leur retrait à l'égard des croyances religieuses. Près de sept ans après le vote et l'entrée en vigueur de la loi de 1905, la Cour d'appel de Paris jugea ainsi « que toutes les croyances religieuses, scientifiques ou philosophiques sont essentiellement respectables, pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi, et qu'il n'appartient pas à des juges civils, quelles que soient d'ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles, de les railler, critiquer ou condamner »⁷⁹⁴. Illustration de la conception judiciaire d'une forme axiologique de neutralité, cette décision souligne dans quelle mesure neutralité est aussi synonyme d'impartialité des juges envers les croyances des personnes privées. D'ailleurs, le droit européen des droits de l'homme s'est approprié cette conception de la neutralité à plusieurs reprises, considérant que « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées »⁷⁹⁵. À l'échelle de l'appartenance religieuse, l'obligation de neutralité figure dans la jurisprudence judiciaire comme un principe du raisonnement, étant entendu « qu'il n'appartient pas au juge de peser et comparer les mérites ou

⁷⁹¹ E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, PU Strasbourg, coll. Société, Droit et Religion en Europe, 2007, p. 18-19.

⁷⁹² Cette dimension est combinée à une forme de neutralité d'apparence du service public qui se déduit de sa neutralité confessionnelle, au nom de la séparation stricte de l'Église et de l'État. Il est ainsi « interdit d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit » (*Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003). De surcroît, les agents des services publics ne disposent pas du droit de manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions (CE, avis n° 217017, 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*).

⁷⁹³ V. H. FULCHIRON, « The Family court taking Religious convictions into Account : a French and European Perspective », *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2014, n° 5, p. 13 ; pour l'approfondissement de cette réflexion, v. H. FULCHIRON, « La prise en compte des convictions religieuses par le juge de la famille », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 567.

⁷⁹⁴ CA Paris, 4 déc. 1912, *D.* 1914. 2. 213 ; cf. Trib. Civ. Seine, 30 nov. 1909, *S.* 1911. 2. 37.

⁷⁹⁵ Cour EDH [G.C.], *SAS c. France*, 01 juil. 2014, req. n° 43835/11, § 55 ; Cour EDH, *Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, § 81 ; Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 68 ; Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabih c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 107.

les dangers, les bienfaits ou les inconvénients respectifs d'une religion dominante par rapport à une secte minoritaire »⁷⁹⁶.

149. Si l'universalité de la règle de droit, l'indivisibilité de la personne, les principes d'égalité et de neutralité s'associent, s'imbriquent et se complètent pour extraire les convictions religieuses du raisonnement judiciaire, cette éviction s'explique aussi par un certain nombre de paralogismes de compréhension (**B**).

B. Les paralogismes de compréhension

150. Le paralogisme se définit comme un raisonnement mené *en toute bonne foi*⁷⁹⁷ par son locuteur, mais fondé sur de mauvaises prémisses, ce qui génère un résultat erroné. Tout exercice de réflexion, et particulièrement le raisonnement juridique, place parmi ces prémisses une étape fondamentale de définition. Or, le principal problème touchant à la matière religieuse est que ces définitions soit n'existent pas de manière fixée, soit n'ont pas de valeur juridique. La détermination du champ lexical des convictions religieuses et de la laïcité peut alors se présenter comme un exercice délicat, voire irrégulier, en raison notamment du caractère flou des termes impliqués. Pareilles à des électrons libres du raisonnement judiciaire, les notions de conviction religieuse, de religion, de « secte » flottent dans l'imaginaire collectif selon des définitions variables selon les personnes, les temps et les lieux. Parallèlement, le principe de laïcité demeure défini au travers d'indices juridiques posés ça et là, sans que l'on ne sache toujours exactement quelle est sa véritable portée⁷⁹⁸.

« Bref, d'héritages impensés en conceptions singulières, de calculs stratégique-académiques en variations culturelles, les mots virevoltent, les significations s'entrechoquent, et l'on ne s'y retrouve pas vraiment »⁷⁹⁹.

Ce flou notionnel contribue à l'introduction de prémisses erronées, multiples ou désordonnées dans le raisonnement, qui génèrent des irrégularités. L'éviction des convictions religieuses du raisonnement judiciaire repose selon nous sur un certain nombre de ces paralogismes liés aux principes de séparation et de neutralité. Un autre paralogisme, que l'on dira « identitaire » repose

⁷⁹⁶ CA Montpellier, 29 juin 1992, *Jurisdata* n° 034435, *Gaz. Pal.* 1993. Jour. 547, note A. GARAY et P. GONI.

⁷⁹⁷ Contrairement au sophisme.

⁷⁹⁸ Telle est d'ailleurs l'une des missions principales de l'Observatoire de la laïcité. Il n'est en outre pas rare de trouver, y compris chez certains auteurs de doctrine et chez certains acteurs du service public de la justice, des confusions et des erreurs quant à la définition et aux implications du principe de laïcité (v. sur ce point, M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019).

⁷⁹⁹ D. DE BÉCHILLON, « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.*, 1995, p. 835.

quant à lui sur une dimension plus large de philosophie juridique qu'éclairaient les théories libérales et communautaires du fait religieux.

151. Le paralogisme séparationniste. En instaurant la séparation du temporel et du spirituel, la loi de 1905 consacra l'émancipation de l'État vis-à-vis de l'Église dominante. Cette émancipation, amenée par les « combats laïques » du XX^e siècle, fut assortie de deux principes destinés à écarter l'emprise de la religion dominante sur le droit : une dissociation fonctionnelle ainsi qu'une articulation pacifiée⁸⁰⁰. Faisant passer la religion « de la sphère publique à la sphère privée au sens juridique du terme »⁸⁰¹, le temporel s'est ainsi affranchi de toute source religieuse en affirmant dans le même temps le respect de toutes les croyances. Le juge judiciaire, jouant un notable rôle de garant des libertés individuelles, s'est alors trouvé forcé de composer avec cette séparation, à cheval entre sphère publique – comme agent du service public de la justice – et sphère privée – en ce qu'il est saisi de revendications susceptibles de comporter une dimension religieuse. C'est ainsi que s'affrontent, au cœur de l'office du juge, neutralité de la puissance publique et protection de la liberté de religion des individus. De cet entre-deux, semble-t-il, c'est du côté de la neutralité que la balance méthodologique a penché. En effet, certains auteurs ont remarqué que la séparation issue de la loi de 1905 fut mal comprise lorsqu'on a dit qu'elle impliquait l'exclusion de tout effet du droit interne des religions dans l'ordre juridique étatique⁸⁰². Or, tel n'est pas ce qui ressort de la jurisprudence française lorsque les tribunaux affirment que « les juridictions civiles, sans doute tenues par le principe de laïcité de l'État, n'ont pas à appliquer le droit canonique comme ayant, en soi, valeur légale »⁸⁰³ ou lorsqu'ils font référence à « l'incompétence de la juridiction civile pour apprécier la bonne ou la mauvaise application d'une règle religieuse »⁸⁰⁴. Au con-

⁸⁰⁰ M. WIEVIORKA, « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 61.

⁸⁰¹ M. BARBIER, *La laïcité*, L'Harmattan, 1995, p. 84-88 : « si la religion est écartée de l'État, elle a tout naturellement sa place dans la société, qui n'est pas laïque à proprement parler. Dire que la religion relève de la sphère privée ne signifie pas que c'est seulement une affaire privée et personnelle. Cela signifie qu'elle échappe au domaine public de l'État, mais qu'elle peut exister et agir librement dans la société ». V. également H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 95 expliquant que la sécularisation avait retiré la religion de la vie publique ainsi que les sanctions religieuses de la politique. Elle ajoute : « Il ne suit pas de là que cette séparation a transformé la religion entièrement en une "affaire privée". Ce type d'intimité dans la religion se produit seulement quand un régime tyrannique interdit le fonctionnement public des églises et refuse au croyant l'espace public où il peut apparaître avec d'autres et être vu par eux. Le domaine public-séculier, ou la sphère politique, à proprement parler, a et laisse une place pour la sphère publique-religieuse. Un croyant peut être membre d'une Église et en même temps agir comme citoyen dans l'unité plus large constituée par toute appartenance à la Cité ».

⁸⁰² E. TAWIL, *Norme religieuse et droit français*, PUAM, 2005, p. 15 ; v. en ce sens M. VENTURA, « Préface », in *Norme religieuse et droit français*, E. TAWIL, PUAM, 2005, p. 7 qui salue la position de l'auteur sur la laïcité, « Abandonnant une interprétation classique, et quelque peu irréaliste, de la laïcité comme incompétence en matière spirituelle [...] » (nous soulignons).

⁸⁰³ CA Chambéry, 15 janv. 1964, *D.* 1964. 605, note J. DAUVILLIER.

⁸⁰⁴ TGI Paris, 29 oct. 1976, *JCP G* 1977. II. 18664, note J. CARBONNIER.

traire, « [l]e droit français prend en compte ces normes religieuses »⁸⁰⁵ de manière « clairement assumée »⁸⁰⁶ en Alsace-Moselle, et de manière implicite dans le reste de la métropole. On peut imaginer que les combats laïques expliquent, en raison des « traces profondes [qu'ils ont laissées] dans l'imaginaire collectif »⁸⁰⁷, l'interprétation qui a été faite de la séparation et, subséquemment, l'attitude de repli des juridictions envers le religieux. Prenant les « traits de Zeus », le juge français a élaboré « une approche abstraite de la religion dont la finalité première est d'asseoir le pouvoir de l'État au sein de la société civile face au contre-pouvoir que représentent les communautés de croyants »⁸⁰⁸. Conséquemment, la transposition de ces combats vers la conscience juridictionnelle pourrait expliquer une vision des communautés religieuses comme concurrentes à l'ordre juridique étatique.

152. Le « paralogisme identitaire »⁸⁰⁹. Cette compréhension de la séparation a pour conséquence première d'induire une appréhension de l'individu par un rattachement à l'identité nationale, c'est-à-dire à l'identité promue par le droit français. D'ailleurs, la loi de 1905 et les combats laïques ne sont pas les seules manifestations de cette logique identitaire nationale : notre histoire a montré que la reconnaissance juridique des groupes par la loi peut conduire à des inégalités. Il suffit, pour s'en convaincre, de se tourner vers la persécution des Juifs, parce que Juifs, durant la Seconde Guerre Mondiale⁸¹⁰. Or, en refusant de désigner certains groupes, l'universalité s'appliquerait à « un individu "normalisé", correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant »⁸¹¹, sans considération pour la communauté au sein de laquelle l'individu se développe. En réaction à ce « paradoxe de l'identité démocratique », des voix se sont élevées en faveur de la reconnaissance des droits collectifs au nom de la préservation de l'identité culturelle⁸¹².

« Il y a un moment où, pour respecter en chaque individu sa part d'altérité, le droit doit prendre acte des différences, tenir compte d'appartenances constitutives des identités individuelles et même faire une place aux identités collectives »⁸¹³.

⁸⁰⁵ E. TAWIL, *Norme religieuse et droit français*, *op.cit.*, p. 15 ; v. en ce sens M. VENTURA, « Préface », *op. cit.* qui salue la position de l'auteur sur la laïcité, « Abandonnant une interprétation classique, et quelque peu irréaliste, de la laïcité comme incompétence en matière spirituelle [...] » (nous soulignons).

⁸⁰⁶ *ibidem*, p. 15.

⁸⁰⁷ J.-P. MACHELON, « Combats d'hier, laïcité d'aujourd'hui », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 83.

⁸⁰⁸ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, préc. , p. 625, n° 965 (nous soulignons).

⁸⁰⁹ Selon l'expression de M. HUNYADI, « Le paralogisme identitaire : identité et droit dans la pensée communautarienne », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1, n° 33, p. 43.

⁸¹⁰ V. en ce sens, D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 63-64.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 69.

⁸¹² Notamment C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Aubier, 1994.

⁸¹³ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 117.

L'universalité formelle du droit serait un obstacle à l'universalité effective des droits⁸¹⁴. Pour justifier la désignation juridique des groupes, certains auteurs se fondent ainsi sur leur protection en tant que groupes vulnérables (les femmes, les homosexuels, les étrangers, par exemple). À l'inverse, d'autres auteurs s'appliquent à critiquer la notion de « droits collectifs » et s'opposent vigoureusement au courant multiculturaliste de reconnaissance de droits propres aux identités en avançant plusieurs raisons :

« 1. eu égard au principe de la *neutralité étatique*, l'État, qui détient la puissance juridique, doit précisément s'abstenir de tout favoritisme culturel, en tant que la culture définit des identités particulières ; »⁸¹⁵.

2. eu égard à l'*individualisme moral*, seuls les individus peuvent être source de valeur morale ; en conséquence, des droits collectifs hypothéqueraient les droits individuels de certains membres de la communauté ; »⁸¹⁶.

3. eu égard au *principe d'équité*, tous les groupes devraient bénéficier d'une égale promotion, ce qui veut dire qu'accorder des droits à une minorité ouvrirait la boîte de Pandore des revendications de toutes les autres »⁸¹⁷.

Ce regain d'intérêt pour la place des identités collectives, religieuses ou autres, dans le cadre juridique se manifeste tant en doctrine qu'au sein même des sociétés. Ces débats sont d'ailleurs « révélateurs d'une sensibilité sans cesse plus poussée aux aspirations identitaires qui dans une société orientent les actions des individus qui s'en réclament »⁸¹⁸. Le problème majeur de ces considérations est de se concentrer autour d'une conception collective de l'identité, somme toute assez distante de l'individu lui-même. De telles conceptions de l'identité sont pourtant réductrices : « en privant les acteurs sociaux de la capacité de déterminer eux-mêmes ce qui est, pour eux, le trait pertinent de leur identité, il les enferme *a priori* dans des conceptions qui peuvent ne pas être les leurs, limitant ainsi dogmatiquement leur pouvoir de définition d'eux-mêmes »⁸¹⁹.

Ce « paralogisme identitaire » fait en réalité naître des contradictions au sein même de la liberté individuelle et du droit à l'autodétermination de la personne. Même si l'on considère que la personne exerce effectivement son droit à l'autodétermination lorsqu'elle choisit de faire partie d'une certaine communauté, et qu'elle est libre de s'en défaire dès lors que les revendications ou règles imposées par cette communauté ne lui conviennent pas ou plus, « opérer une telle réduc-

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁸¹⁵ M. HUNYADI, « Le paralogisme identitaire : identité et droit dans la pensée communautarienne », *op. cit.*, reprenant l'article de D. WEINSTOCK, « La problématique multiculturaliste », in *Histoire de la philosophie politique, V : Les philosophies politiques contemporaines*, sous la dir. de A. RENAUT, Calmann-Lévy, 1999, p. 451.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ M.-C. FOBLETS et M. GRAZIADEI, « Mise en scène. Droit et croyances : regain d'intérêt pour le pluralisme religieux et philosophique », in *Convictions religieuses et droit positif*, Colloque international de Moncton (24-27 août 2008), 2010, p. 1, Bruylant.

⁸¹⁹ M. HUNYADI, « Le paralogisme identitaire : identité et droit dans la pensée communautarienne », *op. cit.*

tion identitaire, c'est imposer une dogmatique identitaire à des acteurs qui, eux, suivent une logique identificatoire »⁸²⁰. Tout se passe comme si la logique identitaire évacuait le pluralisme des idées et, par extension, la paix sociale. Cette logique produirait davantage une « crispation identitaire qui constitue le pire obstacle à la pacification des sociétés multiculturelles »⁸²¹. L'exemple contemporain de la cristallisation des débats autour de la « compatibilité de l'islam avec notre modèle républicain » est, en ce sens, frappant : l'approche identitaire (et rarement identificatoire) a conduit à toute une série de frictions autour du burkini, du « voile intégral », des menus confessionnels dans les cantines scolaires, etc. Cet attachement du raisonnement à l'appartenance religieuse plus qu'aux convictions religieuses pourrait ainsi être le vecteur d'une cristallisation du pluralisme en enfermant les revendications dans un cadre de groupe, au détriment des conceptions particulières de l'intéressé quant à ce groupe déterminé.

153. Finalement, c'est en excluant les convictions religieuses du raisonnement judiciaire que ce dernier pouvait revêtir la forme de la neutralité et s'assurer de ne pas créer de droits de groupes. Cette exclusion, se justifie donc par l'histoire et par le fonctionnement axiologique du système français. Dans le raisonnement judiciaire, elle s'est matérialisée par un procédé décisionnel neutralisant les convictions religieuses (**II**).

II. UN PROCÉDE DÉCISIONNEL

154. Constat. L'analyse du *corpus* de décisions judiciaires impliquant un élément religieux a montré que les juges avaient pour automatisme de tenter d'assurer la neutralité de leur décision en adoptant un processus décisionnel neutralisant les convictions religieuses des justiciables (**A**). Cette façon de juger du religieux s'est toutefois heurtée à l'émergence d'une problématique nouvelle, venue attiser les inquiétudes et les passions, suscitant des réactions juridictionnelles moins neutres qu'à l'usage et faisant ressurgir de façon contestable le religieux dans le raisonnement judiciaire : la « radicalisation religieuse » (**B**).

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ *Ibid.*

A. La neutralisation des convictions religieuses

155. L'étude de la jurisprudence a permis de mettre en exergue deux façons de neutraliser la décision judiciaire à l'égard du religieux : l'une consiste à objectiver la conviction religieuse pour ne pas l'ignorer (1) tandis que l'autre cherche à l'éluider complètement en hyper-neutralisant le raisonnement (2).

1. L'objectivation de la conviction religieuse

« La direction des consciences ne relève pas de la mission du juge »⁸²².

156. **La recherche des conséquences concrètes de la conviction religieuse.** Pour éviter toute ingérence dans la conscience des individus et assurer leur détachement vis-à-vis des considérations transcendantales liées à la religion, les juges procèdent généralement à l'objectivation des convictions religieuses des justiciables. Les conséquences visibles de la conviction religieuse, ses effets concrets, constituent ainsi le flambeau de l'objectivité et de la neutralité juridique française en ce qu'elles permettent au juge de ne pas se saisir de la dimension normative de la croyance et donc de s'abstenir d'en évaluer le sens ou la portée, voire de leur conférer une portée juridique. En effet, « la religion est une affaire privée et strictement privée. En tant que telle, elle échappe au juge ; même plus, il n'a pas à pénétrer les secrets de la conscience »⁸²³. C'est pourquoi afin de garantir la liberté de conscience et de religion tout en respectant leur devoir de réserve, les juges judiciaires ont élaboré une technique de prise en compte des convictions religieuses au travers de leurs conséquences factuelles. En demeurant au stade du fait, la conviction religieuse n'influe donc pas directement et explicitement sur la solution juridique adoptée par les tribunaux puisque comme l'a souligné Jean-Louis BERGEL, « un fait ne peut produire d'effets juridiques par ses qualités intrinsèques »⁸²⁴. Ne tenir compte que de la manifestation concrète qu'engendre la conviction individuelle, la considérer comme un élément de fait dans le raisonnement judiciaire c'est, pour le juge judiciaire, ne pas se constituer « bras séculier de la règle religieuse »⁸²⁵.

⁸²² V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961, spéc. p. 981.

⁸²³ V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145.

⁸²⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5 éd., Dalloz, 2012, p. 334, n° 264.

⁸²⁵ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 535, n° 811.

157. Objectiver pour ne pas ignorer. Le devoir de réserve des juges judiciaires envers le fait religieux ne pouvait se limiter à réfuter l'existence effective de la croyance personnelle car celle-ci peut influencer et conditionner le comportement de l'individu, voire même constituer un motif de réclamation devant les tribunaux. Le contentieux de droit de la famille atteste tout particulièrement de cette présence religieuse que les tribunaux cherchent à objectiver afin de ne pas l'ignorer. Dans de nombreuses affaires de divorce, la conviction religieuse d'un époux, ou sa conversion, a pu être invoquée par l'autre afin d'obtenir la dissolution civile de l'union conjugale. Les juges ont alors apporté une réponse d'une parfaite neutralité en considérant que la conviction, la conversion⁸²⁶, voire l'intégrisme en lui-même⁸²⁷ ne pouvaient pas constituer une cause de divorce⁸²⁸. Une telle solution se justifie parfaitement pour deux raisons.

Premièrement, parce que faire mécaniquement de la conviction religieuse un motif juridiquement valable de demande de divorce⁸²⁹ constitue une atteinte à la liberté de conscience. Selon Gérard GONZALEZ :

« [l]a liberté de pensée, de conscience et de religion c'est la liberté de croire ce que l'on veut, de s'attacher éventuellement à la religion de son choix incarnée dans un groupement religieux organisé et de manifester ce choix et cette croyance en paroles et (ou) en actes »⁸³⁰.

Cette définition se retrouve en jurisprudence puisque des juges ont considéré que « chaque époux [est] libre de choisir sa religion et [a] le devoir de respecter la liberté confessionnelle de l'autre »⁸³¹. La « possibilité de changer de religion [devant] être garantie aux personnes mariées comme aux célibataires »⁸³², considérer qu'une certaine option religieuse est constitutive d'une cause de divorce dans un cas particulier reviendrait à autoriser une ingérence automatiquement légitime dans la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Ensuite, car faire de la conviction religieuse de l'un une raison juridiquement valable de demande de divorce par l'autre confère au magistrat la prérogative de déterminer arbitrairement si

⁸²⁶ CA Montpellier, 29 juin 1992, *Jurisdata* n° 034435, *Gaz. Pal.* 1993. Jour. 547, note A. GARAY et P. GONI : la conversion d'un époux ne constitue pas une cause de divorce car « il n'appartient pas au juge de peser et comparer les mérites ou les dangers, les bienfaits ou les inconvénients respectifs d'une religion dominante par rapport à une secte minoritaire [...] ».

⁸²⁷ CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1997, *Jurisdata* n° 040044.

⁸²⁸ CA Aix-en-Provence, 5 déc. 1986, *Jurisdata* n° 045502 ; CA Paris, 11 mars 1987, *Jurisdata* n° 020909 ; CA Aix-en-Provence, 8 sept. 1988, *Jurisdata* n° 049118 ; CA Versailles, 20 juin 1991, *Jurisdata* n° 043570. V. également l'arrêt de la CA Bordeaux, 26 nov. 2002, *Jurisdata* n° 198916 : il doit être admis « en principe qu'une croyance religieuse quelle qu'elle soit ne peut en elle-même être constitutive d'un comportement fautif ».

⁸²⁹ Dans une telle hypothèse, aucune distinction ne serait faite quant aux valeurs ou aux qualités de la conviction puisque, par nature, celle-ci justifierait que le divorce soit prononcé. Dans le même temps cela reviendrait à repenser les rapports et l'équilibre entre liberté de religion et liberté du mariage, faisant mécaniquement prévaloir la première sur la seconde, et instaurant ainsi une certaine forme de hiérarchie.

⁸³⁰ G. GONZALEZ, « Liberté de pensée, de conscience et de religion », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, PUF, 2008, p. 636 (nous soulignons).

⁸³¹ CA Rennes, 7 févr. 1990, *Jurisdata* n° 043635.

⁸³² CA Montpellier, 7 nov. 1994, *JCP G* 1996, II, 22680, note BRUGUIERE.

celle-ci suffit à justifier que le lien civil soit rompu. Or, une telle méthode semble contraire au devoir de neutralité et d'impartialité des juges qui doivent s'abstenir de tout jugement de valeur. On pourrait en effet imaginer que dans une telle situation, des divorces soient prononcés plus aisément lorsque les convictions religieuses invoquées se rattachent à des mouvements religieux qui ne bénéficient pas des faveurs de l'opinion publique ou qui font l'objet de préjugés péjoratifs⁸³³. Pareille hypothèse, si elle peut sembler chimérique, n'est pourtant pas illusoire : certains auteurs ont déjà pu souligner des divergences de jurisprudence en fonction de la communauté religieuse à laquelle la conviction en cause pouvait se rattacher⁸³⁴.

158. La prise en compte des conséquences concrètes de la conviction religieuse. Pour éviter cet écueil, la démarche judiciaire adoptée s'intéresse donc aux conséquences de la conviction religieuse. Elle répond ainsi à la description que donne Jean-Cassien BILLIER du conséquentialisme⁸³⁵. Méthode fondamentale de philosophie morale, « le conséquentialisme est une méthode d'éthique normative définie par le simple fait qu'elle identifie le bien aux conséquences positives de nos actes ou de nos règles d'actions sur la promotion de valeurs préalablement définies »⁸³⁶. Exportée dans le domaine du droit, cette méthode semble être celle utilisée par les juridictions lorsqu'elles analysent les conséquences concrètes d'une conviction religieuse au regard des dispositions juridiques applicables au litige. Ces dispositions, pour la plupart constitutives de

⁸³³ Comme c'est notamment le cas en ce qui concerne les sectes qui ont fait l'objet d'une véritable action législative et gouvernementale de prévention, d'information et de lutte entre 1985 et 2008 : v. notamment, le rapport VIVIEN publié en 1985, le rapport GEST-GUYARD publié le 10 janvier 1996, l'institution par décret n° 96-387 du 9 mai 1996 de l'Observatoire interministériel sur les sectes qui fut remplacé par la MILS puis par la MIVILUDES. Pour un aperçu des dispositions législatives et réglementaires, v. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&page=1&idSarde=SARDOBJT000007105213&ordre=null&nature=null&g=ls>. V. également G. GONZALEZ, « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 01 janv. 2011, p. 199 ; CA Dijon, 4 juin 1991, *Jurisdata* n° 048017 : la Cour d'appel y considère que la liberté d'une mère « d'adhérer à une secte où elle croit trouver son épanouissement personnel ne peut avoir pour effet que ses enfants, âgés de huit ans et de cinq ans, soient contraints de partager un mode de vie peu compatible avec les normes éducatives communément admises ». Sur la connotation péjorative associée au terme de « secte », v. Cass. Ass. Plén., 16 févr. 2007, n° 06-81785 : dans cette affaire, les juges y ont considéré que le fait d'affirmer que la religion juive est une secte ne relevait pas de la libre critique du fait religieux, ne participait pas à un débat d'intérêt général, mais constituait une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine (les propos avaient été tenus par l'humoriste Dieudonné, alors candidat à l'élection présidentielle, dans une interview au journal Lyon Capitale en 2002).

⁸³⁴ V. C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., p. 327 et s., n° 491 et s. ; V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145 qui met en exergue ces différences. Aussi démontre-t-elle que le bouddhisme (par ex. CA Lyon, 2 févr. 1999, *Jurisdata* n° 045264) et l'Église Adventiste du Septième Jour (par ex. CA Reims, 27 juin 2002, *Jurisdata* n° 199657) bénéficient en jurisprudence d'un préjugé positif dans la plupart des cas tandis qu'à l'inverse les Témoins de Jéhovah sont perçus négativement (par ex. CA Bordeaux, 10 févr. 2000, *Jurisdata* n° 107057, CA Paris, 15 juin 1999, *Jurisdata* n° 024159).

⁸³⁵ J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014, p. 1.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 32. (nous soulignons). L'accentuation acquiert toute son importance dès lors que les « règles d'actions » pourraient s'apparenter, dans le domaine qui nous intéresse, soit aux dogmes émanant des institutions religieuses, soit aux règles intérieures et/ou morales de l'individu. Or, comme nous avons déjà pu le relever, le droit français est réticent à reconnaître la valeur normative des convictions religieuses.

standards juridiques – textuels ou jurisprudentiels⁸³⁷ – sont référencées autour des « valeurs préalablement définies » visées par la définition de BILLIER⁸³⁸. Nous avons choisi de désigner cette méthode par l'expression de *conséquentialisme de fait* afin de la détacher de ses fondements éthiques.

Afin d'en illustrer la réalité pratique, reprenons l'exemple du contentieux de droit de la famille. Les tribunaux ont considéré que c'est *l'extériorisation de la pratique de la conviction religieuse* qui peut constituer un grief dès lors que cette extériorisation a une incidence grave sur la vie conjugale ou familiale⁸³⁹. Les juges veillent alors à ne point ériger les convictions religieuses en élément déterminant d'appréciation des torts des époux en matière de divorce⁸⁴⁰. Toute décision fondée sur les effets « néfastes » d'une conviction religieuse qui ne constate pas effectivement une perturbation de la vie familiale⁸⁴¹ ou un « trouble grave dans le ménage »⁸⁴² manque de base légale⁸⁴³. Cette méthode se retrouve également dans le domaine de l'autorité parentale ; la Cour EDH ayant posé le principe selon lequel les juges ne doivent pas accorder d'importance déterminante à la religion d'un parent pour restreindre ses droits parentaux⁸⁴⁴, les tribunaux recourent à la recherche de l'impact de la pratique religieuse sur l'enfant⁸⁴⁵. En pratique, les restrictions aux droits des parents ne sont justifiées que si elles interviennent au motif de convictions religieuses dont il est prouvé qu'elles emportent des répercussions concrètes, préjudiciables à l'enfant⁸⁴⁶.

Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁸⁴⁷ a-t-elle par exemple été amenée à interdire à un père d'amener ses enfants dans les lieux de culte ou sur les lieux de rencontre et de pratique des Témoins de Jéhovah et de les associer à quelques activités que ce soit en relation avec la doctrine ou la pratique Jéhoviste. Les magistrats considérèrent en l'espèce que l'engagement religieux du père n'était plus adapté « à l'âge et à l'évolution de ses enfants » qui de surcroît avaient manifesté leur refus de partager ses pratiques culturelles. Le fait de « s'opposer à leur volonté de choix

⁸³⁷ Nous accorderons à la notion de standard des développements plus approfondis *infra*, n° 184s.

⁸³⁸ V. *infra* n° 213s.

⁸³⁹ TGI Fort de France, 31 oct. 1989, *Jurisdata* n° 053050.

⁸⁴⁰ G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997, p. 258 et s.

⁸⁴¹ CA Rennes, 13 avr. 1981, *Jurisdata* n° 040347 ; CA Orléans, 30 avr. 1985, *Jurisdata* n° 044689 ; CA Nîmes, 22 mai 1986, *Jurisdata* n° 000334 ; CA Paris, 11 mars 1987, *Jurisdata* n° 020909.

⁸⁴² CA Pau, 29 mai 1984, *Jurisdata* n° 043132.

⁸⁴³ Cass. Civ., 8 nov. 1995, *Jurisdata* n° 002980.

⁸⁴⁴ Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01, § 37-43.

⁸⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, n° 98-14.386, *Jurisdata* n° 2000-006367, *RTD civ.* 2001. 126, note J. HAUSER ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2002, n° 99-19.954 ; CA Versailles, 19 nov. 2015, n° 14/03881, *Jurisdata* n° 026381, *Dr. Fam.* 2016, n° 3, comm. 51, note C. DELMAS.

⁸⁴⁶ Cour EDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 févr. 2013, req. n° 29617, spéc. §27-43, *Dalloz Actualité*, 4 mars 2013, note SOUDAIN ; *AJ Famille*, 2013, p. 179, note GALLMEISTER ; *RJPF* 2013-4/34, note M. DOUCET. V. notamment le paragraphe 37 de l'arrêt : « *this would be an uncontested right in the case of two married parents sharing the same religious ideas or worldview and promoting them to their child, even in an insistent or overbearing manner, unless this exposes the latter to dangerous practices or to physical or psychological harm* » (nous soulignons). V. également, concernant l'implication de l'enfant à la pratique religieuse du parent, CA Paris, 26 sept. 2013, *Jurisdata* n° 2013-020973 ; les juges considèrent en l'espèce qu'une telle implication ne doit pas être nuisible à l'enfant, « que ce soit dans l'immédiat ou à plus long terme ».

⁸⁴⁷ CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2004, n° 02-09121, *Jurisdata* n° 2004-237281 ; C. STRUGALA, « Le juge et l'enfant face au choix religieux des parents », *Bull. Aix*, 2006-1, p. 32, spéc. p. 41.

[pouvait] entraîner des conséquences néfastes sur leur évolution psychologique »⁸⁴⁸. Ici, l'extériorisation de sa conviction religieuse par le père le conduisait à impliquer ses enfants dans ses activités religieuses de manière intransigeante et sans considération pour l'opinion de ces derniers. Toutefois, la motivation de la Cour d'appel s'oriente davantage sur le respect du choix des enfants dotés d'un degré de discernement suffisant que sur la conviction religieuse quand bien même le lien de cause à effet entre celle-ci et le comportement du père avait été effectivement constaté par les juges.

159. Par la traduction des convictions religieuses en élément de fait, et par l'utilisation d'une méthode conséquentialiste fondée sur l'appréciation des conséquences de la pratique religieuse, les juridictions font preuve de réserve. L'objectivation de la conviction religieuse traduit le souhait de ne pas lui conférer d'effet direct en droit. Cette méthode s'étend parfois à une neutralisation totale du raisonnement judiciaire (2).

2. L'hyper-neutralisation du raisonnement

160. Il arrive que dans leur recherche de distance, les juridictions judiciaires interprètent de manière quasi-dogmatique leur devoir de réserve vis-à-vis des convictions religieuses en construisant un raisonnement que l'on qualifiera d'« hyper-neutre ». En pratique, certains domaines juridiques semblent ainsi régis par une forme d'immobilisme judiciaire par lequel les tribunaux relèguent les questions religieuses à la volonté des parties. Celles-ci figurent alors au sein du raisonnement judiciaire sans toutefois être prises en considération, même en tant qu'éléments factuels.

161. L'hyper-neutralisation par l'immobilisme. L'idée d'immobilisme est empruntée à Frédéric DREYFUSS-NETTER⁸⁴⁹ et se comprend comme une « politique d'attente consistant à ne prendre qu'un minimum d'initiatives pour éviter de s'engager ou pour maintenir l'équilibre entre des tendances opposées »⁸⁵⁰. L'équilibre par l'immobilisme a ainsi été utilisé à l'égard des convictions religieuses, par exemple à l'occasion de l'affaire des cabanes dans le contentieux du droit de la copropriété⁸⁵¹. Les faits sont connus : un syndicat de copropriété reprochait à des propriétaires

⁸⁴⁸ *Ibid.* (nous soulignons).

⁸⁴⁹ F. DREYFUSS-NETTER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 313, spéc. p. 317).

⁸⁵⁰ Selon la définition donnée par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, en ligne <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/immobilisme>.

⁸⁵¹ Cass. Civ. 3e, 8 juin 2006, n° 05-14774, *Jurisdata* n° 2006-033890, cette décision fut abondamment commentée, v. C. ATIAS, « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.*, 2006, p. 2887 ; E. PUTMAN, « La liberté religieuse ne doit pas porter atteinte à l'harmonie de la

d'avoir édifié sur leur terrasse une cabane en violation du règlement de copropriété, dont une mesure votée quelques mois plus tôt interdisait les constructions sur les terrasses attenantes aux appartements. Du point de vue des époux, « de confession juive » relevait la Cour d'appel, cette construction symbolisait « la traversée du désert du peuple juif »⁸⁵² et son édification ne se manifestait que huit jours par ans à l'occasion de la fête de *Souccoth*. Dans cette espèce, liberté de religion et règlement de copropriété entraient en conflit, et il appartenait aux juridictions judiciaires ainsi saisies de procéder à la mise en balance de ces deux intérêts concurrents. Or, tant la Cour d'appel que la Cour de cassation adoptèrent une démarche d'immobilisme en ne procédant pas à une telle analyse, constatant d'abord que la cabane en question entrait dans le champ d'application du règlement puis que « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété ». Comme le souligne Christian ATIAS, la question ici était pourtant moins celle de savoir si la liberté religieuse pouvait rendre licites de telles violations, mais plutôt « d'interpréter ces stipulations conventionnelles de façon compatible avec l'exercice de cette liberté fondamentale »⁸⁵³. Autrement dit, il eut fallu interpréter, balancer, analyser ces éléments, ce que la haute juridiction judiciaire française a préféré écarter.

162. Cet immobilisme peut se comprendre comme une certaine forme de refus de la part des tribunaux judiciaires de s'engager dans une analyse qui pourrait les mettre en porte-à-faux quant à leur impartialité, voire pour laquelle on pourrait les accuser de ne pas respecter la supériorité de l'ordre temporel sur l'ordre spirituel ou encore de procéder à une quelconque forme de discrimination positive. La position avait d'ailleurs déjà été amorcée, toujours dans le contentieux de la copropriété, lorsque la troisième Chambre civile de la Cour de cassation sanctionnait la Cour d'appel de Paris d'avoir enjoint le propriétaire d'un immeuble d'installer des serrures mécaniques au bénéfice de locataires de confession juive⁸⁵⁴. Les juges du second degré avaient pourtant placé « les raisons confessionnelles impérieuses » au cœur de leur raisonnement et adéquatement mis en balance la « demande légitime » des locataires avec les prescriptions de l'article 1134 ancien du Code civil. Dans leur analyse, la Cour d'appel n'avait par ailleurs pas manqué de souligner que le coût des serrures supplémentaires pouvait être facturé aux intéressés et qu'aucune discrimination au profit des résidents de confession juïque n'était créée. *In fine*, c'est un raisonnement détaillé,

copropriété », *RJPF*, 2006, n° 10, p. 12 ; J. RAYNAUD, « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI*, 2006, n° 9, p. 509 ; P. CAPOULADE, « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI*, 2007, p. 311.

⁸⁵² CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2005, *Jurisdata* n° 2005-275078.

⁸⁵³ C. ATIAS, « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.*, 2006, p. 2887.

⁸⁵⁴ CA Paris, 27 oct. 2000, *Jurisdata* n° 2000-128442.

pédagogue, et somme toute équilibré que la Cour d'appel de Paris avait élaboré et qu'au travers d'un « cinglant »⁸⁵⁵ attendu les juges du Quai de l'Horloge ont rejeté en considérant que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »⁸⁵⁶. De cette motivation transparaît bien l'immobilisme des juges, qui excluent du champ contractuel la question religieuse et qui, ce faisant, évincent une appréciation détaillée de la liberté de religion et de ses composantes ; une solution « gênante » pour Vincente FORTIER car c'est à raison même de son origine religieuse que la demande des locataires n'a pas été considérée comme recevable⁸⁵⁷. Cet immobilisme rend invisibles les convictions religieuses. Le raisonnement s'enveloppe d'une cape d'hyper-neutralité.

163. L'hyper-neutralisation par l'ignorance volontaire de la dimension religieuse du litige. Il peut arriver que certains juges occultent totalement la dimension religieuse d'un litige quand bien même celle-ci était invoquée ou semblait transparaître de manière évidente. La Cour de cassation a par exemple épousé cette forme d'hyper-neutralité dans une affaire de divorce pour faute⁸⁵⁸. En l'espèce, le conjoint imposait l'abstinence sexuelle à sa nouvelle femme tant que les juridictions ecclésiastiques n'avaient pas prononcé l'annulation de son précédent mariage. Devant la Haute juridiction il faisait valoir au titre d'un moyen unique qu'en prononçant le divorce à ses torts exclusifs « sans rechercher si, eu égard à la profession de foi des époux catholiques pratiquants » son exigence d'abstinence sexuelle n'était pas légitime, et en considérant le respect du culte comme une violation des obligations du mariage, la Cour d'appel avait méconnu son droit à la liberté de religion et fait une application erronée de l'article 242 du Code civil. En dépit de l'invocation explicite des articles 9 de la Convention EDH et 10 de la DDHC par le demandeur, la Cour de cassation choisit de se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond et rejeta le moyen sous couvert d'une autre constatation de faits suffisante à prononcer le divorce pour faute. Les magistrats considérèrent que les conditions de l'article 242 du Code civil étaient adéquatement remplies, l'arrêt d'appel ayant retenu que l'époux « avait quitté le domicile conjugal durant plusieurs mois sans se préoccuper de la subsistance de sa femme et de ses enfants et qu'après son retour il interdisait à sa femme de recevoir famille et amis et refusait de mener une

⁸⁵⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2003, p. 383.

⁸⁵⁶ Cass. Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *Jurisdata* n° 2002-017038 ; *RTD Civ.*, 2003, p. 383, note J.-P. MARGUÉNAUD.

⁸⁵⁷ V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *RDU*, 2008, p. 386, spéc. p. 406.

⁸⁵⁸ Cass. Civ. 2^e, 21 mai 1990, n° 89-12512.

vie conjugale normale ». Le moyen invoquant expressément des éléments de nature religieuse fut donc rejeté et habilement évincé⁸⁵⁹.

Cette démarche judiciaire est aussi adoptée dans des cas de mise en examen de mineurs pour apologie du terrorisme⁸⁶⁰ ou au cours de litiges impliquant des départs pour la Syrie⁸⁶¹. S'inscrivant dans une volonté d'hyper-neutralisation du raisonnement judiciaire, et dans le but d'éviter les écueils d'un jugement de valeur qui n'est ni intentionnel ni nécessairement malveillant, mais pour autant guère inhumain de nos jours⁸⁶², certains magistrats ont préféré orienter leur raisonnement et leur décision sur des éléments de faits dénués de toute référence au religieux. C'est ainsi que la Cour d'appel de Lyon a jugé de la dangerosité des postures d'une mère au regard des « ruptures brutales dans la vie de sa jeune enfant » qu'elle était prête à assumer, « sans se préoccuper de leurs répercussions sur l'équilibre et le développement de cette dernière et pour des raisons qui restent très confuses »⁸⁶³. L'engagement religieux de la mère, suspectée de se préparer à partir pour le djihad en Syrie, n'apparaît pas dans la motivation comme un élément déterminant de la décision. Mais l'hyper-neutralisation n'est pas toujours de mise dans le contentieux en lien avec les questions terrorismes et la radicalisation religieuse (B).

B. Le problème de la « radicalisation religieuse »

164. Retour sur l'emploi jurisprudentiel de l'expression « radicalisation ». La notion de « radicalisation » apparaît au XX^e siècle avec une signification qui nous est aujourd'hui familière : le dictionnaire de l'Académie française indique en effet qu'elle se comprend comme l'action de *se radicaliser*, verbe transitif synonyme de raidir, de pousser à l'extrême, de rendre intransigeant : être *radical*, c'est être « éloigné de la juste mesure ». Cette acception peut toutefois laisser sceptique le latiniste ayant remarqué qu'elle omet un sens particulier à ce dérivé de *radicalis*, et qui jadis signifiait : « qui se rattache à la racine ». En ce sens, *se radicaliser*, c'est revenir à « ce qui est à

⁸⁵⁹ Pour des exemples similaires plus récents, v. CA Caen, 24 mars 2016, n° 15/02597, *Jurisdata* n° 2016-005573 (divorce et autorité parentale) ; CA Agen, 16 mars 2016, n° 14/00740 (nullité du mariage) ; CA Orléans, 16 févr. 2016, n° 13/04032 (fixation de la résidence habituelle des enfants, droit de visite et d'hébergement. Dans cette affaire la Cour accorde des développements particulièrement intéressants en ce qui concerne les convictions religieuses et la liberté de conscience des parents et des enfants, mais ces considérations sont entièrement éludées du dispositif).

⁸⁶⁰ V. Y. BERNAND, « Quelle approche par le juge des enfants du phénomène de “radicalisation” ? », *Gaz. Pal.*, 26 juil. 2016, n° 272b9, p. 12.

⁸⁶¹ V. CA Lyon, Chambre spéciale des mineurs, 24 mars 2015, n° 14/00295, *BACALY*, Bulletin n° 7, obs. C. DELMAS.

⁸⁶² Les événements terroristes qui ont agité la France de Charlie Hebdo à Nice en passant par les tueries parisiennes du 13 novembre 2015, ont suscité remous et passions tant politiquement que juridiquement. L'émotion vive, intense, brûlante qui a parcouru les esprits français comme mondiaux a pu se traduire par la recrudescence de débats identitaires et de précipitations normatives au cœur desquels la religion musulmane est bien souvent visée.

⁸⁶³ CA Lyon, Chambre spéciale des mineurs, 24 mars 2015, préc.

l'origine »⁸⁶⁴. De ces deux significations, l'étude de la jurisprudence judiciaire française révèle que c'est la première qui est retenue par les magistrats.

165. Apparue pour la première fois en 1978, l'expression acquiert droit de cité dans le discours juridique à partir des années 2000. D'ailleurs, elle n'est à l'origine pas utilisée pour décrire des phénomènes de radicalisation religieuse, mais désignait trois types de situations. D'abord, elle a pu être employée pour faire référence aux positions extrêmes de chacune des deux parties dans le cadre d'un conflit entre personnes privées. Selon cette acception, la « radicalisation » concernait par exemple la dégradation des relations entre le bailleur et son locataire⁸⁶⁵, entre l'employeur et son salarié⁸⁶⁶ ou encore entre les membres d'une même famille⁸⁶⁷. La *radicalisation* était ensuite utilisée en référence au durcissement du comportement d'une personne ou de ses positions, comme par exemple celui du comportement professionnel d'un salarié⁸⁶⁸, ou celui d'un parent dans le cadre d'une situation familiale conflictuelle⁸⁶⁹. Plus rarement enfin, l'expression était employée pour décrire l'aggravation d'une situation économique⁸⁷⁰. Somme toute, il n'a longtemps jamais été question de « radicalisation religieuse » ; pas même – contrairement à ce que l'on pourrait imaginer – dans le cadre des litiges relatifs aux *sectes* au cours des années 90.

⁸⁶⁴ D'ailleurs, entrerait dans le champ de cette définition le *salafisme*, mouvement réformiste musulman qui prêche le retour à la doctrine originelle de l'Islam. La doctrine salafiste insiste sur l'importance des sources primaires de l'Islam que sont le Coran et la Sunna du Prophète ; elle refuse toute contextualisation de la norme religieuse et toute exégèse de son message. Cf. P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, 2008, n° II, p. 10151 ; F. BURGAT, *L'islamisme en face*, 2 éd., La Découverte, 2007, p. XXXV. Pour la Cour d'appel de Douai, le salafisme s'analyse « comme une doctrine de la religion musulmane » ; à ce titre, qualifier un discours religieux de salafiste ne saurait constituer une diffamation (CA Douai, 7 déc. 2017, n° 17/00171).

⁸⁶⁵ Cass. Civ. 3^e, 19 déc. 2000, n° 99-11605 ; CA Toulouse, 9 janv. 2007, n° 05-04500.

⁸⁶⁶ TI, ANTONY, 13 juil. 1978, *Jurisdica* n° 1978-761610 ; Cass. Soc., 23 sept. 2009, n° 07-45269 ; CA Aix-en-Provence, 19 mai 2016, n° 14-05513.

⁸⁶⁷ CA Rouen, 14 oct. 2008, n° 08-03032 ; CA Douai, 3 juin 2010, req. n° 09-04290 ; CA Grenoble, 29 sept. 2010, n° 09-05173 (le père indiquait qu'il « ne se plierait pas à la décision de justice si elle ne devait pas lui donner raison, propos qui ne laissent pas d'être inquiétants dans ce qu'ils dénotent une impossibilité pour lui d'accepter la loi et donc avec à la clef un risque de radicalisation de sa position ») ; CA Angers, 16 mai 2011, n° 10-02131 (radicalisation du conflit parental dont l'enfant est devenu un enjeu) ; CA Angers, 27 juin 2011, n° 10-00899 (tensions du couple générant un conflit de loyauté et une radicalisation des tensions père/enfant) ; CA Saint-Denis (Réunion), 6 déc. 2011, n° 10-02217 ; CA Aix-en-Provence, 7 oct. 2014, n° 14-04199 ; CA Chambéry, 6 janv. 2015, n° 13-01334 ; CA Caen, 29 janv. 2015, n° 14-00243 ; Cass. Crim., 2 mars 2016, n° 15-81311 ; CA Colmar, 12 juil. 2016, n° 15-02457 ; CA Paris, 6 oct. 2016, n° 14-25667.

⁸⁶⁸ CA Orléans, 1^{er} juil. 2010, n° 10-00412 : radicalisation du comportement professionnel par la contestation des choix de la société et refus de se présenter à un entretien informel ; CA Besançon, 16 déc. 2011, n° 11-00724 ; CA Versailles, 26 sept. 2014, n° 12-04638 ; CA Paris, 4 juin 2015, n° 12-03439.

⁸⁶⁹ CA Saint-Denis (Réunion), 28 sept. 2012, n° 11-01967 ; CA Lyon, 29 oct. 2013, n° 13-134 ; CA Metz, 18 nov. 2014, n° 13-03590 ; CA Caen, 29 janv. 2015, n° 14-00243 (radicalisation de l'attitude du père qui porte immédiatement plainte auprès des gendarmes dès que la mère ne lui remet pas l'enfant à l'heure) ; CA Paris, 14 avr. 2015, n° 13-23468 ; CA Besançon, 25 mars 2016, n° 14-02091.

⁸⁷⁰ CA Rouen, 15 janv. 2008, n° 07-02674 ; CA Paris, 15 mars 2011, n° 09-04456 (« il a été constaté une radicalisation des pressions externes autour de l'industrie du médicament [...] »).

166. Comme l'indique Vincente FORTIER, il faut noter une retenue certaine des juges à employer le terme « radicalisation » ; d'ailleurs, c'est souvent le terme « radical » qui est utilisé pour qualifier les pratiques religieuses⁸⁷¹. Cette dernière décennie, la jurisprudence a en effet identifié un certain nombre de signes indiquant une radicalisation, et la référence combinée d'un comportement radical avec un comportement religieux s'est accentuée depuis les attentats de Toulouse en 2012⁸⁷² et ceux de *Charlie Hebdo* en 2015. La première décision judiciaire employant telle quelle la notion de « radicalisation religieuse » remonte ainsi au 16 février 2015⁸⁷³. Dans cette affaire était contestée l'ordonnance du juge des libertés qui levait l'hospitalisation sous contrainte d'une patiente atteinte de troubles bipolaires et qui avait, « dans un contexte de radicalisation islamiste » proféré des menaces contre son père. Pour infirmer l'ordonnance litigieuse, la Cour d'appel de Paris jugea qu'il y avait lieu de craindre, compte tenu de sa fragilité et des troubles psychiques encore persistants, qu'elle ne se mette en danger elle-même. Cette conclusion résultait du constat suivant :

« Qu'il résulte des débats d'audience que [la patiente] a été hospitalisée pour troubles bi- polaires, qu'elle a expliqué avoir voulu à la suite d'un différend familial portant sur le port intégral du voile, partir en Turquie alors qu'elle n'a pas d'attaches familiales ou amicales dans ce pays qu'elle ne connaît pas, dont elle ne parle pas la langue, voyage sur le financement duquel on peut s'interroger en l'absence de tout revenu personnel, qu'elle a pu expliquer qu'elle subviendrait à ses besoins en faisant des ménages, et qu'elle envisageait de quitter la France puisque ce pays ne voulait pas d'elle et ne respectait pas ses choix, que ce chantage fait à son père de partir en Turquie si elle ne pouvait pas porter le voile intégral au domicile ou dans la rue dénote un comportement radical peu raisonnable de la part d'une jeune femme née en France, dont les parents vivent en France, qui a suivi des études supérieures en France et qui n'a aucune attache en Turquie, qu'elle affirme en outre de façon assez équivoque accepter des soins ambulatoires qui seraient sans contrainte alors qu'elle envisage de partir en Turquie pour convictions religieuses »⁸⁷⁴.

Cette motivation peut donner lieu à plusieurs observations : tout d'abord, que la radicalisation est abordée sous l'angle d'un comportement « peu raisonnable », donc excessif ou disproportionné. Ensuite, que le choix de porter le voile intégral et de partir en Turquie est mis en lien – on ne sait si c'est le fait de la requête ou de la Cour – avec les convictions religieuses de l'intéressée. Enfin, que c'est la combinaison de ces deux éléments qui semble donner lieu à l'emploi de l'expression

⁸⁷¹ V. FORTIER, « Les pratiques radicales de l'islam au sein de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Laure Mathieu*, Larcier, 2019, p. 261.

⁸⁷² Selon un magistrat du parquet, la radicalisation n'était pas un sujet qui intéressait beaucoup la justice avant les attentats commis par Mohamed Merah par P. GAUDIN et C. DELMAS in M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019).

⁸⁷³ CA Paris, 16 févr. 2015, n° 15/00073.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, comp. CA Rouen, 15 juin 2012, n° 12-2723, où il n'est pas question de *radicalisation religieuse* mais « d'adhésion sans critique aux convictions religieuses » : « La religion reste le thème essentiel [du] discours [de la patiente], avec comme souligné par le juge des libertés et de la détention, une adhésion sans critique aux convictions religieuses, ce qui peut entraîner des actes répréhensibles ou des manifestations créant des difficultés sur la voie publique comme celle qui a motivé son hospitalisation en mars ».

« radicalisation islamiste ». C'est donc, semble-t-il et sans doute, suite aux attentats que juridictions judiciaires et justiciables se sont saisis de l'expression « radicalisation religieuse ». Certaines décisions de justice feront même explicitement référence à ces événements⁸⁷⁵. Il faut toutefois noter que la pratique « radicale » de la religion, ou les comportements « radicaux » figurent dans des décisions antérieures à cette affaire⁸⁷⁶.

167. Conséquences sur le raisonnement judiciaire. L'apparition de l'expression a influencé l'application du droit par les tribunaux⁸⁷⁷. De manière générale, les juridictions judiciaires cherchent à maintenir une distance prudente vis-à-vis de ce phénomène nouveau et méconnu, ne se bornant qu'à le constater⁸⁷⁸. Dans le cas de l'hospitalisation sous contrainte prévue par l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique⁸⁷⁹, il arrive désormais que la radicalisation du patient soit invoquée tantôt par la famille, tantôt par les autorités pour solliciter ou maintenir le placement de l'individu. S'en tenant à la recherche des conditions de l'article d'un point de vue médical, les magistrats n'y voient – avec bon sens – aucun effet juridique⁸⁸⁰. Ainsi la Cour d'appel de Rennes confirmait-elle la mainlevée d'une hospitalisation complète sous contrainte au motif *qu'aucun*

⁸⁷⁵ CA Versailles, 6 mars 2015, n° 15-01448 : « A l'audience de la cour, [le père] expose que l'origine de son hospitalisation est son signalement il y a quelques mois aux services de police, avant les actes de terrorisme récents, d'une radicalisation islamique de ses deux fils aînés » (nous soulignons) ; CA Rennes, 17 déc. 2015, n° 15-00403.

⁸⁷⁶ V. par exemple CA, Versailles, 11 déc. 2014, n° 13/09016, *Dr. fam.*, 2015, com. 96, note C. NEIRINCK ; CA Nancy, 1^{er} juil. 2005, n° 05/00396, *Jurisdata*, n° 2005-291754 (la cour emploie l'expression « radicalisation » en reprenant le rapport de l'enquêtrice sociale). Dans cette dernière affaire, la pratique intégriste de sa religion par le père constitue l'un des motifs de retrait de son autorité parentale envers sa fille.

⁸⁷⁷ En droit public, le Conseil d'État a conféré plusieurs fois des conséquences juridiques à une pratique radicale de la religion, comme par exemple dans le contentieux de l'acquisition de la nationalité française par mariage. Il a ainsi considéré qu'une telle pratique, lorsqu'elle s'exprime par le port d'une *burqa*, était « incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes » (CE, 27 juin 2008, n° 286798, *Dame M.*, *Jurisdata* n° 2008-073784, *JCP G*, 2008.II.10151, comm. P. MALAURIE). La pratique radicale peut aussi prendre la forme d'un prosélytisme « manifestant un rejet des valeurs essentielles de la société française », lorsque « l'intéressé, militant actif d'un mouvement extrémiste, répandait dans sa région, notamment au sein de la mosquée d'Angers, des thèses » qui expriment un tel rejet (CE, 14 oct. 1998, n° 175186, *Amiour*, *Jurisdata* n° 1998-050708 ; *RJPF* 1999, p. 22, obs. E. PUTMAN). Dans ces deux situations, l'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française par mariage avait été validée. V. P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, 2008, n° II, p. 10151.

⁸⁷⁸ Pour une décision dans laquelle la radicalisation du père est invoquée et étudiée au cours de la procédure mais qui n'apparaît pas décisive dans la motivation de la décision, v. CA Colmar, 16 mai 2017, n° 15-06196. La cour conclut ainsi : « Une résidence alternée ne saurait être mise en œuvre dans ces conditions, qui ne pourrait concerner que [la fille cadette], au regard de l'opposition de [sa sœur aînée] dont l'âge empêche qu'elle lui soit imposée. [La cadette] a par ailleurs toujours partagé la vie quotidienne de sa maman et de sa sœur et une séparation serait certainement préjudiciable à son équilibre. Il est important cependant [qu'elle] continue à voir fréquemment son père selon les modalités élargies prévues par le premier juge ».

⁸⁷⁹ « I. Le représentant de l'État dans le département prononce par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ».

⁸⁸⁰ Tel n'est pas toujours le cas ; v. par ex. CA Aix-en-Provence, 20 juin 2018, n° 18/00076 : « il résulte du contenu de ces certificats médicaux que M. Eddie T. a tenu des propos évoquant une radicalisation religieuse en prison et ayant justifié son hospitalisation sous contrainte ».

trouble mental susceptible d'entrer dans les conditions de l'article n'avait été rapporté. Le préfet du département avait fait valoir, afin de maintenir l'hospitalisation, l'existence d'un « syndrome délirant associé à une théorie du complot vis-à-vis des attentats parisiens chez un patient psychotique se livrant à un investissement religieux intense [qui] constituait un facteur de risque évident pour l'ordre public »⁸⁸¹. L'argument ne fut pas retenu. La radicalisation a également pu être invoquée pour faire réduire les droits d'un parent en application des articles 371-1, 373-2 et suivants du Code civil⁸⁸². Les juges considérèrent néanmoins qu'elle ne constituait pas une *condition de modification des modalités du droit de visite et d'hébergement* tant que des preuves suffisantes ne sont pas rapportées. Ainsi, le fait pour l'enfant de ne vouloir manger que de la viande hallal car, autrement, Allah allait le punir ne saurait justifier de réduire le droit d'hébergement du père⁸⁸³.

Il peut arriver à l'inverse que la radicalisation religieuse, lorsqu'elle concerne un parent⁸⁸⁴, génère des conséquences juridiques. Il a en effet été jugé dans une affaire d'enlèvement international d'enfant que les propos d'un parent concernant sa pratique radicale de l'islam, s'ils ne sont pas rapportés de manière irrégulière, « sont inquiétants et nécessitent une décision prudente dans l'intérêt de l'enfant. Il en est ainsi d'un désir de départ dans un pays musulman comme le Yémen, par exemple »⁸⁸⁵. En l'espèce, la prudence exigeait de maintenir l'enfant près de sa mère, en France, et, en application de l'article 13 de la Convention de la Haye⁸⁸⁶, de ne pas le renvoyer en Belgique. Plus récemment, c'est le risque de radicalisation de l'enfant et son désir de se rendre dans les zones de conflit qui justifiait que soit ordonnée une interdiction de sortie du territoire à son endroit⁸⁸⁷. Dans une autre affaire, une mère fut condamnée sous l'angle de l'article 227-17 du Code pénal pour avoir (entre autres...) conduit trois de ses enfants en Syrie, en zone de conflit, en dépit d'une interdiction de sortie du territoire et afin de rejoindre les combattants de Daech. En l'espèce, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est attardée à relever la radicalisation de la mère, ainsi que son fichage « S » pour « être susceptible d'avoir des liens avec l'islam radical et de vouloir se rendre en zone de conflit », inscrivant ces deux éléments au sein d'un faisceau d'indices lui permettant de caractériser le manquement de la mère à ses obligations légales à l'égard de ses enfants⁸⁸⁸. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation a validé l'arrêt d'appel sur ce point, retenant que l'adhésion de la mère à une idéologie radicale et sa décision de rejoindre des combattants isla-

⁸⁸¹ CA Rennes, 17 déc. 2015, n° 15-00403.

⁸⁸² V. CA Paris, 13 oct. 2016, n° 15-09886, où chaque partie alléguait des faits de radicalisation à l'encontre de l'autre.

⁸⁸³ CA Versailles, 7 avr. 2016, n° 15-02930.

⁸⁸⁴ La radicalisation peut aussi porter sur l'environnement familial, cf. CA Chambéry, 19 juil. 2016, n° 15-01288.

⁸⁸⁵ CA Rouen, 28 avr. 2016, n° 16-00635.

⁸⁸⁶ En vertu duquel l'autorité judiciaire n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'il est établi qu'il existe un risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou ne le place dans une situation intolérable.

⁸⁸⁷ Cf. l'ordonnance du 20 déc. 2016 mentionnée par la CA Amiens, 11 mai 2017, n° 16-04567.

⁸⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 31 mai 2017, n° 16/04781, *Jurisdata*, n° 2017-016662.

mistes en Syrie était de nature à compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation des enfants, et justifiait donc que la prévenue soit déclarée coupable du délit de soustraction à ses obligations légales envers ses enfants⁸⁸⁹.

168. Enjeux. Il existe un enjeu majeur dans la prise en considération de ce nouveau phénomène par les juges judiciaires : celui de son identification pour prévenir – ou pallier – son instrumentalisation. La radicalisation, parce qu'elle résonne tristement mais inéluctablement avec le terrorisme, réveille craintes et émotions, si bien qu'elle peut, à sa seule invocation, générer des réactions judiciaires peut-être plus spontanées et moins réfléchies qu'elles ne le devraient. En tout état de cause, bien que les juridictions demeurent attentives, le postulat n'est pas le fruit d'un imaginaire paranoïaque. En effet, les questions sensibles de ce type sont souvent mobilisées, notamment en droit de la famille, par une partie souhaitant obtenir la réduction des droits de l'autre : il échoit donc au juge de « faire le départ entre vraies et fausses accusations »⁸⁹⁰. En décembre 2016, la Cour d'appel de Lyon infirmait ainsi une ordonnance de référé qui transférait la résidence habituelle de trois enfants mineurs en raison de suspicions de maltraitance par la mère et son conjoint ainsi que de risques de radicalisation. L'ordonnance avait été prise en urgence par le premier juge « après avoir refusé de procéder à l'audition des mineurs, sans vérifier au préalable les conditions de vie réelles des enfants au domicile de leur mère et sans prendre la précaution d'ordonner une quelconque mesure d'investigation ». Celui-ci avait en effet considéré un peu rapidement, sans saisir le juge des enfants, que « des éléments concordants étaient de nature à caractériser un danger psychologique et physique encourus par les enfants au domicile de leur mère »⁸⁹¹. Mais le risque d'instrumentalisation ne concerne évidemment pas la seule justice familiale. De nombreux pans du droit sont touchés, en droit public comme en droit privé. Raison supplémentaire à doter la saisine de cet épiphénomène de garde-fous : « à force d'arbitraire, la justice sous l'État d'urgence se déjuge »⁸⁹².

169. En effet, comment détecter la radicalisation d'un individu, et quels effets juridiques doit-on lui confier ? Doit-on seulement lui en confier ? Bien qu'il existe des indices permettant de

⁸⁸⁹ Cass. Crim., 20 juin 2018, n° 17-84128, *Dr. pén.* 2018, n° 11, comm. P. CONTE.

⁸⁹⁰ H. FULCHIRON, « Risque de radicalisation et conflit parentaux : des dangers d'une instrumentalisation », *Dr. Fam.*, 2017, n° 3, comm. 63.

⁸⁹¹ CA Lyon, 23 déc. 2016, n° 16/04898, *Jurisdata* n° 2016-027756 ; *Dr. Fam.*, 2017, comm. H. FULCHIRON.

⁸⁹² S. TARDY-JOUBERT, « Mon assigné va craquer », *LPA*, 2016, n° 190, p. 4. L'article relate l'intervention de l'avocate Marie Dosé, dont les « clients se retrouvent assignés à résidence pour un oui ou pour un non : parce qu'ils sont pris pour quelqu'un d'autre, parce qu'ils vont trop à la mosquée, parce qu'ils ont un vague cousin un peu louche... Le constat est dur, inquiétant. On se surprend pourtant à sourire, lorsqu'elle évoque la situation tragique de trois personnes suspectées de fomenter un projet terroriste, et interdites d'entrer en relation. Assignation à résidence oblige, ces trois hommes, qui habitent le même quartier et vont pointer au même commissariat, se voient trois fois par jour dans le bus... ».

détecter cette radicalisation, on pense notamment aux désormais bien connues « fiches S »⁸⁹³, leur traitement est encore flou. La première décision y faisant référence est un arrêt de la Cour d'appel de Paris datant du 28 août 2015⁸⁹⁴. Dans cette affaire, la radicalisation d'un patient « depuis sa conversion à l'islam » ainsi que son « fichage » avait été relevés par les services de la BAC et repris par les magistrats de la Cour d'appel. Combiné à d'autres éléments tenant au suivi psychiatrique de l'intéressé, ce signalement (qui précisait que l'individu était « très dangereux et pouvait quitter le territoire pour un pays étranger afin de rejoindre une zone de conflit ») contribuait ainsi à justifier son placement sous hospitalisation complète en application de l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique. Seulement, comment la justice doit-elle traiter de tels documents susceptibles de conférer des effets juridiques à des *souçons de dangerosité*? Doit-elle s'en émanciper? Parce qu'elles comportent des données personnelles, les fiches de renseignement intéressant la sûreté de l'État peuvent faire l'objet d'un contrôle du juge administratif : celui-ci vérifie que les données y figurant sont pertinentes au regard des finalités poursuivies par ce fichier, adéquates et proportionnées⁸⁹⁵. En cas d'illégalité, il peut ordonner qu'elles soient effacées⁸⁹⁶. Néanmoins, la seule connaissance de leur existence peut suffire à influencer la décision.

170. En ce sens, parce qu'elle imbrique comportement dangereux pour la sécurité publique (comportement terroriste) et comportement religieux, la radicalisation remet en cause la compréhension actuelle du fait religieux dans le raisonnement judiciaire. On peut effectivement imaginer des situations dans lesquelles le comportement d'une personne sera appréhendé différemment selon que l'individu soit athée, par exemple, ou qu'il ait une pratique de la religion musulmane considérée comme radicale, ou du moins qu'il l'intensifie. Ne pas dissocier le comportement ter-

⁸⁹³ On ne compte plus les articles de journaux y faisant référence. Juridiquement, ce fichage « S » (pour « Sûreté de l'État ») est l'une des catégories du Fichier des personnes recherchées régi par le décret n° 2010-569 du 28 mai 2010. On pense aussi aux « notes blanches », des « sortes de feuilles volantes des services de renseignement », ni datées, ni signées, qui comportent des informations impossibles à contester pour l'avocat de la défense dès lors qu'elles émanent des services de renseignement (DGSI) et qu'elles relèvent, pour la plupart du secret-défense ou de l'article 41 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 qui autorise le refus de communication de données lorsqu'elle est en mesure de compromettre la sécurité nationale. Sur cette question, v. le témoignage de Me Dosé relaté par S. TARDY-JOUBERT, « Mon assigné va craquer », *LP4*, 2016, n° 190, p. 4 : « Contester une note blanche est aussi difficile que prouver ou infirmer l'existence de Dieu ». Ces notes blanches sont pourtant recevables devant le juge administratif dans le contentieux de l'assignation à résidence (CE, 11 déc. 2015, n° 394991 : « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les " notes blanches " produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif »), mais de manière générale dans tout le contentieux de l'État d'urgence (sur ce point, v. J.-P. FOEGLE et N. KLAUSSER, « La zone grise des notes blanches », *Délibérée*, Oct. 2017, n° 2, p. 41).

⁸⁹⁴ CA Paris, 28 août 2015, n° 15-00359.

⁸⁹⁵ CE, 11 juill. 2016, n° 375977 et n° 376457, *Min. Intérieur et min. Défense c / C.*, *Jurisdata* n° 2016-013678, *Dr. adm.*, 2016, p. 20, comm. J. BOULLAY.

⁸⁹⁶ La première décision ordonnant cet effacement remonte... au 5 mai 2017. Cf. CE, 5 mai 2017, n° 396669, *Jurisdata* n° 2017-008265 et le commentaire de X. LATOUR, « La première injonction d'effacement de données dans un fichier intéressant la sûreté de l'État : une victoire à la Pyrrhus ? », *JCP G*, 2017, p. 652.

roriste du comportement religieux pourrait influencer la qualification juridique et/ou l'interprétation juridique au nom de la sécurité et de la prudence : *mieux vaut prévenir que guérir...* Or, dans ce cas et dans ce contexte particulier, la prudence pourrait devenir, « par lâcheté, par inconséquence ou par calcul »⁸⁹⁷, liberticide. Elle deviendrait symptomatique d'une mise en œuvre de ce que d'aucuns appellent le « droit pénal de l'ennemi »⁸⁹⁸, c'est-à-dire la prise en compte et la sanction pénale de la dangerosité de l'intéressé en lieu et place de sa culpabilité. Un certain nombre d'auteurs s'est emparé de ce constat : les mesures destinées à lutter contre la dangerosité sont en plein essor⁸⁹⁹. En droit de la famille, c'est d'ailleurs le standard du danger qui, en matière de radicalisation religieuse, motive le plus souvent les décisions restreignant les droits parentaux⁹⁰⁰ si bien que l'une et l'autre de ces notions semblent désormais insécables⁹⁰¹. En droit pénal, la propension à interpréter de concert pratique religieuse et comportement déviant s'est déjà manifestée par exemple à l'occasion d'une affaire dans laquelle le contexte général d'intensification de sa pratique religieuse par le prévenu ainsi que les attentats terroristes du 13 novembre 2015 menèrent la Cour à considérer qu'avoir menacé, lors d'une dispute avec son professeur, de « faire un carnage » était constitutif d'une menace de mort passible de trois mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant deux ans⁹⁰². Le spécialiste trouvant la sanction sévère y verra l'influence du traumatisme généré par les attentats sur la réaction judiciaire face à un individu au

⁸⁹⁷ F. SUREAU, *op. cit.*, p. 23. Sur le sacrifice des libertés individuelles et de la dignité humaine sur l'autel de la sécurité, v. aussi B. LAVIELLE, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008 ; A.-L. MADURAUD, « "La sécurité est la première des libertés" : pour en finir avec une antienne réactionnaire », *Délibérée*, févr. 2018, n° 3, p. 86.

⁸⁹⁸ Cette théorie fut initiée en 1985 par le professeur allemand G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7. V. sur cette question, P. VARJAO CRUZ, *Le "droit pénal de l'ennemi". Du phénomène au paradigme*, Éditions universitaires européennes, 2011 ; A. GIUDICELLI, J.-P. JEAN et M. MASSÉ, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009 ; M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, 2011, p. 84s. ; J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence - Revue critique (JRC)*, 2012 ; J.-F. DREUILLE, « Droit pénal et politique de l'ennemi », *JRC*, 2015 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 69.

⁸⁹⁹ W. FRISCH, « Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa », *GA*, 2009, p. 386 ; X. PIN, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviante et société*, 2010/4, p. 527 ; J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *Revue internationale de droit pénal*, 2010/1, p. 277. Sur le regain d'influence de la théorie du « droit pénal de l'ennemi » face à la question du terrorisme, v. J.-F. DREUILLE, « Le terroriste, criminel ou "ennemi" ? », *Délibérée*, Oct. 2017, n° 2, p. 13.

⁹⁰⁰ V. par exemple CA Rouen, 6 avr. 2017, n° 15-01747, *Dr. Fam.*, 2017, comm. 161, Y. BERNAND : « La peur qu'ont pu exprimer les enfants sur le comportement de leur père à leur égard et ses projets de départ à l'étranger, en Syrie, constituent l'expression d'un danger réel qui justifie pleinement de confier à la mère l'exercice exclusif de l'autorité parentale ».

⁹⁰¹ V. par exemple CA Versailles, 20 avr. 2017, n° 16-05383 où la mère demande que le droit de visite et d'hébergement du père lui soit retiré au motif qu'il se serait radicalisé. Pour donner droit à cette requête, la Cour d'appel constate d'abord que les indices d'une « radicalisation présentant un danger pour l'enfant » se trouvent dans les faits rapportés. Elle conclut que « sous couvert de soumission à une volonté divine supérieure, [le père], qui assure par ailleurs que ses intentions étaient loin d'être mauvaises, qu'il aime l'enfant et ne veut que son bonheur, se soustrait de façon commode à toutes ses obligations paternelles, préférant laisser la mère de l'enfant supporter seule la charge de son éducation et de son entretien tout en présentant cet abandon moral et économique comme une épreuve pour lui ». Ce comportement constitue, pour la Cour d'appel, une *cause grave* justifiant la suppression de tout droit de visite et d'hébergement.

⁹⁰² CA Rouen, 5 sept. 2016, n° 16-00476. L'article 433-3 al. 4 prévoit, pour ce type d'infraction, une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 75 000€ d'amende.

comportement radical⁹⁰³. Dans une autre affaire de participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'actes de terrorisme, l'avocat de la défense souleva la réalité de cette problématique :

« si l'appartenance à une religion, fût-elle radicale, démontre éventuellement une communauté de pensée, elle ne peut caractériser une complicité d'actes de terrorisme ou une quelconque association de malfaiteurs »⁹⁰⁴.

Dans le contexte actuel, le problème de cette notion de « radicalisation » – qu'on la dise islamique ou religieuse – est d'englober deux phénomènes, certes liés, mais qui ne devraient pas être juridiquement interdépendants si l'on entend préserver les libertés individuelles et tout particulièrement la liberté de religion. En effet, radicalisation et terrorisme ne doivent pas sonner le glas de la liberté de religion. Pour cela, il est nécessaire de distinguer ce qui relève de cette liberté et ce qui relève du comportement dangereux pour la sécurité nationale, ou pour autrui⁹⁰⁵. Or, comment procéder si l'on est incapable de déterminer juridiquement son champ d'application au nom de la laïcité ? À vouloir se distancier de l'élément religieux, celui-ci s'insère dans l'appréciation de standards juridiques, celui de la dangerosité en particulier. La radicalisation religieuse révèle les limites d'un tel rattachement.

« Le débat actuel stigmatise le culte musulman, et ne permet plus de repérer ce qui relève d'une simple liberté de culte de ce qui constitue un processus de radicalisation. On ne réfléchit plus en premier lieu le culte musulman comme une liberté, mais d'abord dans le cadre d'une lutte contre la radicalisation »⁹⁰⁶.

Les craintes éveillées par le terrorisme et le phénomène de radicalisation ne doivent pas conduire à la neutralisation des droits fondamentaux : la sécurité peut s'avérer dangereuse pour les libertés.

« Les temps, au fond, sont toujours difficiles pour ceux qui n'aiment pas la liberté »⁹⁰⁷.

⁹⁰³ V. Cass. Crim., 16 mars 2016, n° 15-83464 : dans cette affaire, le prévenu, faisant partie d'un mouvement dénommé « Rebelle », avait proféré, en langue créole, des propos pouvant être traduits par les termes suivants : « si la police touche encore un rebelle, c'est deux policiers qui resteront à terre ». Il fut condamné à deux mois d'emprisonnement avec sursis.

⁹⁰⁴ Cass. Crim., 7 oct. 2016, n° 16-84597. En l'espèce, les éléments rapportés pour rapporter la culpabilité de l'intéressé étaient si nombreux qu'elle ne faisait presque aucun doute. Cela ne sera sans doute pas le cas pour tous les prévenus.

⁹⁰⁵ Le lien entre religion et terrorisme est pourtant fait par le législateur. Le 31 octobre 2017 a ainsi été votée la loi n° 2017-1510 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ; elle insère dans le Code de la sécurité intérieure un nouvel article L. 227-1 en vertu duquel « Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes ».

⁹⁰⁶ C. DUMONT, « Radicalisation djihadiste, liberté religieuse et laïcité en prison », *AJ Pénal*, 2016, p. 70, citant une directrice des services pénitentiaires.

⁹⁰⁷ F. SUREAU, *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*, Tallandier, 2017, p. 22.

171. À l'exception de ces questions de radicalisation religieuse qui bousculent les épistémologies du raisonnement, les principes de neutralité, d'universalité et d'égalité, associés à des paradoxes de compréhension ont alimenté la construction d'un procédé décisionnel neutralisant les convictions religieuses de la décision de justice, soit en les ignorant, soit en les reléguant à la volonté des parties. Lorsqu'on l'étudie de plus près, cette démarche jurisprudentielle prend la forme d'une véritable stratégie méthodologique (**Section 2**) visant à évincer les convictions religieuses de la décision tout en les prenant en compte de façon indirecte.

*

*

*

SECTION 2 – UNE STRATEGIE METHODOLOGIQUE

« Les choses ne peuvent jamais être connues comme telles, c'est-à-dire en soi, mais seulement comme elles sont une fois que nous les avons enserrées dans nos catégories, c'est-à-dire comme phénomènes »⁹⁰⁸

172. Une question de qualification. La qualification juridique a fait l'objet de plusieurs études en droit privé et en droit public. Elle s'y est ainsi présentée comme une « opération du raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause »⁹⁰⁹. À l'image de la catégorisation des choses en phénomènes, la qualification juridique des faits est une opération incontournable du Droit. Elle constitue une opération intellectuelle du juriste, et donc logiquement une opération intellectuelle du magistrat. Or, en ce qui concerne les convictions religieuses, cette obligation de qualification fait l'objet d'une mise en œuvre particulière en droit français, les convictions religieuses n'y étant pas constitutives d'une catégorie juridique. Aussi, le droit positif français a-t-il rendu possible une prise en compte indirecte des convictions religieuses individuelles (**I**) en mettant à la disposition du juge les outils adéquats à ce contournement (**II**).

I. LA POSSIBILITE D'UNE PRISE EN COMPTE INDIRECTE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

173. L'éviction des convictions religieuses du raisonnement a été rendue possible d'une part par leur factualisation (**A**) et d'autre part, par leur dissimulation derrière des notions juridiquement neutres. En effet, appréhendées comme un fait, le fait religieux, les convictions religieuses peuvent demeurer cantonnées hors de toute qualification juridique. Par ailleurs, le développement d'outils spécifiques du raisonnement juridique, les standards juridiques, a permis que leur prise en compte soit indirecte, dissimulée derrière des notions religieusement neutres (**B**).

A. La factualisation des convictions religieuses

⁹⁰⁸ M. MEYER, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Klincksieck, 1979, p. 78.

⁹⁰⁹ C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 23.

174. L'impossible qualification juridique des convictions religieuses. Opération intellectuelle fondamentale du raisonnement juridique, la qualification juridique représente pour le juge le pouvoir de *donner le droit* à partir des faits que les parties au litige lui ont relatés dans leurs conclusions. Ce faisant, le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le choix de la règle de droit. Dans le contentieux des convictions religieuses, cette marge de manœuvre a conduit les juges judiciaires à procéder à la factualisation des convictions religieuses à défaut de les qualifier. Celle-ci a été rendue possible par l'absence de catégorie ou de notion juridique bien définie permettant de qualifier juridiquement les convictions religieuses (1), mais aussi par l'effacement du droit européen des droits de l'homme qui propose pourtant de tels éléments de qualification (2). Ainsi la notion de *fait religieux* a-t-elle trouvé une place dans le raisonnement judiciaire comme permettant d'évincer les convictions religieuses dans le respect de l'obligation de neutralité qui incombe au magistrat en vertu du principe de laïcité.

1. L'absence de catégorie juridique

175. Donnez-moi les faits, je vous donnerai le droit : prolégomènes sur la qualification. La première proposition de l'adage latin, *da mihi factum dabo tibi jus*, exprime le pouvoir des parties de soumettre *les faits qu'ils ont choisis* au juge saisi de l'affaire. Les articles 6 et 9 du CPC leur imposent la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions ; l'article 7 dudit code interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Certains faits, s'ils n'ont pas été soulevés, pourront donc être occultés et échapper au jugement. Le juge dispose donc de la *faculté* de retenir tout élément de fait apparaissant dans le dossier, quelle que soit l'importance qu'auraient pu lui conférer les parties, pour construire sa décision. Si le domaine des faits appartient aux parties, le domaine du droit appartient au juge⁹¹⁰ et c'est lors de l'opération de qualification juridique qu'une dimension essentielle de son pouvoir se révèle. La seconde partie de l'adage reflète en effet le pouvoir du magistrat, savant du droit, de donner aux faits présentés la qualification qu'il convient, voire... celle qu'il préfère. Dès lors que la qualification est une opération intellectuelle de *traduction*, qu'elle est constitutive d'« une évaluation des faits »⁹¹¹ soumis par les parties, elle ne joue pas un « rôle neutre dans la vie juridique »⁹¹². Les données factuelles rapportées par les parties ne conditionnent pas nécessairement de manière rigide le cadre juridique dans lequel le juge a vocation à les introduire. Ainsi le doyen CORNU soulignait-il

⁹¹⁰ V. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002 ; H. MOTULSKY, *JCP* 1952, II, 7325 et *S.* 1954-2-49.

⁹¹¹ S. GOYARD-FABRE, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972, p. 69.

⁹¹² F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014, [1955], p. 3, n° 4.

la « virtuosité » de cette « opération intellectuelle, parfois acrobatique »⁹¹³. La qualification peut donc s'analyser comme étant constitutive à la fois d'un acte de connaissance et à la fois d'un acte de volonté. C'est ce qui ressort de la thèse de Charles VAUTROT-SCHWARZ dans laquelle l'auteur déconstruit notamment l'opposition entre ces deux formes d'interprétation, pour ensuite reconstruire la nature de la qualification juridique⁹¹⁴. Selon lui, deux étapes décomposent l'opération : d'abord, elle prend la forme d'un acte de connaissance lorsqu'elle consiste à déterminer les qualifications juridiques possibles pour les faits présentés. Ensuite, elle devient un acte de volonté lorsqu'il est question de choisir une seule qualification juridique parmi ces possibilités. À ce propos, l'auteur évoque même une véritable liberté de qualification juridique⁹¹⁵. Il va même plus loin en expliquant que :

« La qualification juridique est bien une opération de la volonté auquel on substitue un acte de connaissance pour les besoins du fonctionnement du droit. L'acte de connaissance intervient finalement car il est efficace comme mythe : il participe à faire perdurer l'illusion selon laquelle la qualification est rigoureusement déduite des normes juridiques et de l'objet à qualifier »⁹¹⁶.

Acte de volonté dissimulé derrière un acte de connaissance, la qualification juridique compose l'arsenal d'intervention du juge qui se découvre par cette opération une certaine marge de manœuvre dans l'application du droit.

176. La qualification juridique, une obligation du juge. L'obligation de qualification juridique des faits naît de la lecture combinée des trois premiers alinéas de l'article 12 du Code de procédure civile, et particulièrement de l'alinéa 2 aux termes duquel « [Le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Cet alinéa a été interprété de longue date par la jurisprudence comme mettant à la charge des juges du fond le devoir de « prendre parti sur la qualification juridique exacte des faits allégués » afin que la Cour de cassation soit « en mesure d'exercer son contrôle »⁹¹⁷. « Le juge ne peut ignorer les faits expressément invoqués par les plaideurs puisqu'il est invité à les prendre en considération. En conséquence si pour régir ces faits les parties proposent

⁹¹³ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13 éd., Montchrestien, 2007, p. 108.

⁹¹⁴ La seconde conception est inspirée, selon l'auteur, de la théorie de l'interprétation traditionnelle du positivisme juridique tandis que la première, « volitionnelle », est inspirée de la théorie réaliste de l'interprétation, C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 195-229, spéc. p. 199.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 229s.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 223, n° 293. ; v. en ce sens, C. VOCANSON, « 1. Le texte », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 11, spéc. p. 24, pour qui l'analyse des travaux préparatoires des arrêts démontre que l'acte d'interprétation constitue un acte de choix et non pas un acte de connaissance, confirmant ainsi les théories réalistes de l'interprétation.

⁹¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1982, n° 81-14200.

une qualification inexacte, le juge doit la rectifier, sous peine d'appliquer une règle de droit inadéquate, c'est-à-dire de violer la loi »⁹¹⁸.

Au plan théorique, l'obligation se justifie par le caractère nécessaire de l'opération de qualification juridique, qui est essentielle pour qu'une chose, un acte, une personne puisse être traitée en droit⁹¹⁹ en étant rattachée à une catégorie juridique. L'opération de qualification consiste à traduire en droit les faits de l'espèce⁹²⁰ afin de déterminer les « règles de droit qui [leur] sont applicables »⁹²¹ et donc leur régime⁹²². À ce titre, elle constituerait l'une des opérations les plus fondamentales de la science juridique⁹²³, voire le « nerf du raisonnement juridique »⁹²⁴, et jouerait « un rôle analogue à celui que les philosophes confèrent au langage »⁹²⁵. Ce dernier conceptualise les phénomènes, leur donne une signification⁹²⁶, une existence, une étiquette ; par son truchement, la réalité se révèle. De même, la qualification juridique conceptualise les phénomènes, elle leur donne une signification⁹²⁷, une existence, une étiquette⁹²⁸ dans un univers et selon un langage particulier : la langue juridique.

« La langue juridique n'est pas la langue courante. Les mots y acquièrent dans le temps une singularité profonde, laquelle appartient au patrimoine commun des juristes et travaille en permanence leur perception des textes »⁹²⁹.

La science juridique ayant été décrite comme une « science du texte »⁹³⁰, l'opération de qualification juridique « pénètre le droit tout entier »⁹³¹. Révélée par le langage juridique, la réalité juridique se révèle par le truchement de la qualification juridique.

⁹¹⁸ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G*, 1993, n° I, p. 3693.

⁹¹⁹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2016, p. 101, n° 57.

⁹²⁰ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 16, n° 22 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 93, n° 99 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, préc., p. 24s., n° 43s.

⁹²¹ Art. 12, al. 1 CPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁹²² La qualification juridique est définie dans le Vocabulaire de Cornu comme l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui des caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. Opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016, p. 837, v. « Qualification ».

⁹²³ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13 éd., Montchrestien, 2007, p. 107, n° 94.

⁹²⁴ F. RIGAUX, *La loi des juges*, Éd. O. Jacob, 1997, p. 18.

⁹²⁵ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014, [1955], p. 2.

⁹²⁶ La signification est considérée, notamment par E. BENVÉNISTE, comme l'essence du langage. Sur ce point, v. S. MOSES, « Émile Benveniste et la linguistique du dialogue », *Revue de métaphysique et de morale*, 2001/4, n° 32, p. 509.

⁹²⁷ Étant entendu ici que le terme « signification » doit être distingué du terme « définition » : qualifier, ce n'est pas nécessairement définir. V. en ce sens, C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 15s, n° 22s.

⁹²⁸ P. JESTAŽ, *Le droit*, 9 éd., Dalloz, 2016, p. 111.

⁹²⁹ C. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, p. 7, n° 12.

⁹³⁰ G. TIMSIT, « La science juridique, science du texte », in *Lire le droit. Langue, texte et cognition*, sous la dir. de D. BOURCIER et P. MACKAY, LGDJ, 1992, p. 2.

177. La qualification juridique constitue une opération du raisonnement juridique qui semble bénéficier d'une acuité particulière dans les systèmes legalistes de tradition romano-germanique. En effet, garant des libertés, « bouche de la loi »⁹³², le juge y a pour mission de dire le droit. En imposant une obligation de qualification juridique, on peut entendre prévenir son émancipation et limiter son pouvoir : les catégories juridiques suggèrent la suprématie de la loi. Le rattachement nécessaire des faits à des catégories juridiques conditionnant un régime légalement préétabli encadre effectivement la résolution des litiges soumis à l'appréciation des juridictions. La rédaction syllogistique des décisions de justice en témoigne : *la norme N régit une catégorie C de faits (majeure), en l'espèce, les faits F répondent aux caractéristiques de la catégorie C (mineure), donc F = C => N (conclusion)*. Le choix d'une présentation mathématique n'est pas aléatoire : le raisonnement judiciaire s'apparente, sous certains rapports, à la résolution d'un problème mathématique dont les formules sont les règles de droit et le maniement du Verbe, la règle de forme.

« Le juge ne cherche dans les livres de Droit que la formule de ses décisions »⁹³³.

Lorsque la formule choisie n'est pas la bonne, la solution du problème est erronée. La marge de manœuvre du mathématicien dans le choix de la formule est donc réduite : par exemple, le théorème de Thalès ne permet pas de calculer la longueur du troisième côté d'un triangle rectangle⁹³⁴. Or, l'application du théorème adéquat suppose d'avoir au préalable constaté que le triangle étudié constitue bien un triangle rectangle. La résolution du problème mathématique suppose l'identification adéquate des données présentées dans l'énoncé du problème pour appliquer la formule appropriée. La résolution des litiges n'échappe pas au parallèle : elle suppose l'identification adéquate des données présentées dans l'énoncé du problème pour appliquer la norme appropriée. *A priori*, la marge de manœuvre du juge est elle aussi réduite et l'obligation de qualification juridique, combinée à la rédaction syllogistique des décisions de justice⁹³⁵, permet à première vue de soumettre le juge à la loi et donc de lui retirer tout pouvoir créateur (ce qui constitue le *motto* des systèmes civilistes et particulièrement du système français).

⁹³¹ H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e éd., LGDJ, 1955, p. 351, n° 298. D'aucuns écriront que la qualification juridique est même « au cœur de la vie du droit » ; cf. P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, Ve Colloque des Instituts d'études judiciaires, Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, p. 28, PUF, 1969, p. 28s.

⁹³² Selon la célèbre formule de Montesquieu dans *L'esprit des lois*.

⁹³³ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2e éd., F. Pichon et Durand-Auzias, 1919, vol. II, p. 376, cité par E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Librairie des sciences politiques et sociales, 1923, t. 1, p. 4.

⁹³⁴ Mener l'analepse jusqu'au bout conduit à rappeler au lecteur que le théorème adéquat en l'espèce serait le théorème de Pythagore.

⁹³⁵ La forme du syllogisme accrédièterait l'idée d'un juge qui ne crée pas la qualification, mais la découvre. Dans cette vision, il est un « automate » réduit à « appliquer l'œuvre du législateur », C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 203, n° 262.

178. L'absence de texte. L'exercice de ce pouvoir de qualification a trouvé un écho particulier dans le contentieux impliquant un élément religieux. En droit français, les « convictions religieuses » ne constituent pas une catégorie juridique contrairement à d'autres systèmes tels que le droit européen des droits de l'homme et le droit québécois où les juridictions analysent les convictions invoquées pour déterminer l'applicabilité des libertés fondamentales afférentes, et pour ce qui nous intéresse en particulier, des libertés religieuses⁹³⁶. Aussi, devant la Cour EDH, tous les avis ou convictions n'entrent-ils pas dans le champ d'application de l'article 9 de la Convention⁹³⁷ : pour bénéficier de la protection de ces articles, ladite conviction doit atteindre un degré suffisant de « force, de sérieux, de cohérence et d'importance »⁹³⁸. En droit québécois, « la liberté de religion entre en jeu lorsqu'un demandeur démontre qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion »⁹³⁹. Dans ces deux systèmes, la notion de conviction religieuse constitue en somme le point d'accroche de la protection offerte au phénomène religieux⁹⁴⁰ : dès lors qu'une conviction revêt les caractéristiques exigées, elle peut s'analyser en une conviction religieuse et se voir appliquer le régime de la liberté de religion ce qui ne signifie évidemment pas que la conviction ainsi qualifiée bénéficiera d'une protection absolue et illimitée.

Le droit civil français quant à lui fait l'impasse sur cette notion⁹⁴¹. Aucun texte n'en fait une catégorie juridique⁹⁴², et les convictions religieuses, si elles peuvent être mentionnées en jurisprudence, ne sont jamais juridiquement identifiées et ne sont pas traduites en langage juridique

⁹³⁶ L'usage du pluriel est issu d'un choix volontaire afin de ne pas enfermer le propos dans une vision particulière à un système juridique donné, et l'expression de « libertés religieuses » doit s'entendre comme englobant la liberté de conscience, la liberté de religion, individuelles ou collectives.

⁹³⁷ Cour EDH, *Prety c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, § 82.

⁹³⁸ Concernant les convictions philosophiques, v. : Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1982, req. n° 7511/76 7743/76, § 36 ; Cour EDH, *Valsamis c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 21787/93, § 25 (convictions pacifistes) ; Cour EDH [G.C.], *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, § 58 (les partisans de la laïcité peuvent se prévaloir de convictions philosophiques au sens des articles 9 et 2-P1). Concernant les convictions religieuses, v. : Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabin c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 78 (implicitement) ; Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 110-111 ; Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, § 81.

⁹³⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47 (nous soulignons).

⁹⁴⁰ V. en ce sens, L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 39, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00862072/document>> ; M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 193.

⁹⁴¹ Nous entendons ici les textes français. Le droit de la Convention EDH, bien que d'applicabilité directe, est volontairement exclu de ce propos et fera l'objet de développements ultérieurs, v. *infra*.

⁹⁴² Les convictions religieuses sont mentionnées notamment à l'article 1200 du CPC relatif à l'assistance éducative (dans l'application de laquelle il doit être tenu compte des convictions religieuses et philosophiques du mineur et de sa famille) ; à l'article R17 du CPP et à l'article R212-11 du Code militaire relatifs aux modalités d'exécution du contrôle judiciaire (l'application du contrôle judiciaire ne devant pas porter atteinte aux convictions religieuses ou politiques de ceux qui y sont soumis) ; à l'article L1321-3 du CT interdisant les dispositions discriminantes, entre autres au regard des convictions religieuses, dans le règlement intérieur de l'entreprise ; à l'article L232-7 I. du Code de la sécurité intérieure excluant du traitement automatisé les données à caractère personnel susceptibles de révéler les convictions religieuses d'une personne ; à l'article R515-7 du même Code imposant à l'agent de police municipale l'obligation de respect « absolu » des personnes, quelles que soient leurs convictions religieuses ; enfin, à l'article R434-29 de ce même Code interdisant au policier toute expression ou manifestation de ses convictions religieuses.

par le biais d'une opération de qualification. Mieux, elles ne peuvent pas l'être. En effet, contrairement aux systèmes européens et québécois, le contentieux ne saisit pas pleinement les questions relatives aux convictions religieuses et à la liberté de religion, cette dernière restant très largement soumise au droit commun⁹⁴³. Les convictions religieuses demeurent juridiquement éthérées et leur prise en compte découle de l'intuition des juges, faute de critères permettant de les caractériser. De surcroît, à l'exception de l'article 1 de la loi de 1905⁹⁴⁴, les lois françaises ne font pas précisément référence à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et n'en définissent pas clairement le régime⁹⁴⁵. Le juge judiciaire français doit alors composer avec un « quasi-vide légal »⁹⁴⁶ pour appréhender les convictions religieuses des justiciables. Or, en la matière, « la loi n'offre pour toute boussole que de grands principes dont la mise en œuvre est délicate »⁹⁴⁷. En effet, cette désormais célèbre loi de 1905⁹⁴⁸ n'est finalement que très peu utilisée par les juges judiciaires, même à l'occasion d'affaires qui auraient pu en constituer un terrain d'application adéquat⁹⁴⁹. De même, bien souvent présentée comme la clef de voûte de la laïcité⁹⁵⁰, elle a davantage pu être entendue comme une garantie de neutralité que comme une garantie de protection de la liberté de religion⁹⁵¹... Il n'est donc pas impossible de trouver en jurisprudence des formulations

⁹⁴³ V. en ce sens, C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., p. 246, n° 362.

⁹⁴⁴ « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ».

⁹⁴⁵ La liberté de conscience figure à l'article L111-1 du Code de l'éducation aux termes duquel « Le service public de l'éducation fait acquérir à tous les élèves le respect de l'égalité des êtres humains, de la liberté de conscience et de la laïcité ». On retrouve la notion à l'article L442-1 du même Code qui impose aux établissements d'enseignement privés le respect total de la liberté de conscience. Dans la même veine, v. l'article L442-5 du Code de l'éducation (liberté de conscience des maîtres enseignant dans les établissements sous contrat), les articles L813-1 et L811-1 du Code rural et de la pêche maritime.

⁹⁴⁶ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, op. cit., p. 17, n° 24.

⁹⁴⁷ V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961. Ce qui n'est par exemple pas le cas pour le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 9 du C.Civ. qui dispose que « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Cet article est complété par l'article 226-1 du Code Pénal selon lequel : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ».

⁹⁴⁸ Dont il a été question de la constitutionnalisation dans les débats politiques suivant les attentats du 7 janvier et du 13 novembre 2015. Cette proposition était également un engagement du candidat François Hollande en 2012.

⁹⁴⁹ V. Cass. crim., 1er sept. 2010, n° 10-80584 : dans cette affaire, un maire avait privé une élue de l'exercice de son droit de parole en raison du port par cette dernière d'un insigne symbolisant son appartenance à la religion chrétienne. Le visa de la décision mentionne les articles « 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, [le] principe constitutionnel de laïcité » mais point la loi de 1905. Pourtant, celle-ci prévoit un mécanisme de sanction pénale de ceux qui, « soit par voies de fait, violences ou menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte [...] ».

⁹⁵⁰ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8 éd., Montchrestien, 2009, p. 625s. ; J. MORANGE, « Le "mystère" de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507 ; *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003 ; Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05, § 18 ; Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, 26 nov. 2015, req. n° 64846/11, § 21.

⁹⁵¹ V. TGI Tarbes, 23 déc. 2014, n° 14/00278, *JCP G* 2014. Act. 25, obs. J. DUBARRY, qui valide l'interdiction de port signes religieux ostensibles par les parents d'élèves au sein d'un établissement scolaire, au nom de la protection des droits des personnes attachées au principe de laïcité. Cette position n'est bien entendu pas absolue chez les ju-

syntaxiques plaçant la laïcité au cœur d'un champ lexical restrictif concernant les convictions religieuses ou leur manifestation⁹⁵² *en droit privé*⁹⁵³.

179. En l'absence de catégorie juridique spécifique aux convictions religieuses en droit interne, et les principales dispositions relatives à la liberté de religion étant majoritairement contenues en droit européen des droits de l'homme, le juge judiciaire a longtemps pu contourner la question. C'est pourquoi afin de se saisir des convictions religieuses des justiciables, une technique jurisprudentielle s'est imposée comme le fer de lance d'une forme de reconnaissance *neutralisante* des convictions religieuses. Celles-ci ont pu bénéficier, en tant que *fait religieux*, d'une prise en compte jurisprudentielle. La notion de *fait religieux*, empreinte de laïcité⁹⁵⁴ et qualifiée de « bonne diplomatie »⁹⁵⁵, s'est imposée dans le discours juridique en raison notamment de sa « neutralité peu compromettante »⁹⁵⁶ dans un État détaché du « poids des Églises »⁹⁵⁷. Appréhendées par le biais de leurs conséquences factuelles, les convictions religieuses peuvent alors trouver une place au sein du raisonnement judiciaire. À ce titre, elles doivent pourtant faire l'objet d'une certaine prise en considération. Si le fait religieux n'est qu'un fait, la qualification juridique est pourtant une obligation du juge qui lui interdit de s'abstenir de juger lorsqu'est en cause une question relative au fait religieux.

180. Le droit civil français n'offre pas aux juridictions judiciaires les instruments nécessaires à l'appréhension directe des convictions religieuses : non seulement celles-ci ne constituent pas une notion juridique susceptible d'engranger l'application d'une disposition particulière, mais encore,

ristes ; v. notamment l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans où il a été considéré explicitement que « le principe de laïcité [...] implique nécessairement le respect de toutes les croyances », CA Orléans, 23 janv. 1992, JCP 1993.II.22065, note E. DE MONREDON ; v. également J.-Y. DUPEUX, « Liberté d'expression et respect des croyances », in *L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 353 (voir p. 358) ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2 éd., Dalloz, 2015, p. 452 – pour qui le respect de toutes les croyances est une « composante essentielle du principe de laïcité » et dont le régime a été mis en place par la loi de 1905, fondée sur le libre exercice des cultes et la liberté religieuse.

⁹⁵² V. par exemple, CA Bordeaux, 3 juin 2014, n° 14-00033, *Jurisdata* n° 2014-012909 : « la législation française, fondée sur une base laïque, n'interdit pas à Enzo S. de manifester ses sentiments religieux par le port du prénom Abd al Rahman dans ses activités religieuses ainsi que lorsqu'il est en famille ou qu'il se rend en Algérie » (nous soulignons).

⁹⁵³ On ne fera qu'une référence anecdotique aux débats à l'élection présidentielle de mai 2017. Les problématiques religieuses y étant régulièrement mises en lien avec la « menace terroriste » et la laïcité parfois invoquée au service d'une neutralité apparente partout, pour tous (tout du moins, partout où l'on est vu, pour tous ceux dont la vue « dérange »), voire comme un instrument de sécurité nationale. Certains s'étrangleraient.

⁹⁵⁴ Cf. la préface de B. PACTEAU à la thèse de C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011, [Bordeaux : 2009], p. 17 : « La laïcité, assurément, née chez nous d'un rejet de l'emprise du religieux et précisément du christianisme sur l'ensemble de la vie politique, publique et juridique, est peut-être en cours de devenir redécouverte du fait religieux (terme lui-même emprunt de laïcité), fait toujours présent, voire pressant et pesant, et perspective de sa réinsertion rationnelle dans la sphère sociale »

⁹⁵⁵ R. DEBRAY, « Qu'est-ce qu'un fait religieux ? », *Études*, 2002, n° 9, p. 169.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ P. MARTIN, « Des mots pour la “religion” ou le “religieux” ? », *Histoire, monde et culture religieuse*, 2013, n° 2, 26, p. 5.

aucune disposition explicite ne régit la liberté de religion en droit civil français. Les principaux outils de garantie de cette dernière dont dispose le juge judiciaire sont contenus dans des dispositions constitutionnelles⁹⁵⁸ et internationales⁹⁵⁹ qui ont pourtant été longtemps effacées du raisonnement judiciaire français (2).

2. L'effacement du droit européen des droits de l'homme

181. La qualification juridique, une opération universelle. La qualification juridique n'est pas l'apanage des systèmes civilistes : tous les systèmes juridiques, même de *Common Law*, reposent sur un système conceptuel⁹⁶⁰. En droit européen des droits de l'homme, cette opération se manifeste tout particulièrement par le biais de la technique des notions autonomes⁹⁶¹. C'est d'ailleurs grâce à la qualification juridique que la Cour EDH procède à l'interprétation dynamique de la Convention. De plus, la Cour rappelle régulièrement – après l'avoir affirmé dès 1976 avec l'arrêt *Handyside*⁹⁶² – qu'elle est « maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause » et qu'elle « n'est pas liée à celle que leur attribuent les requérants ou les gouvernements »⁹⁶³. Elle a également souligné qu'« un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués »⁹⁶⁴. Les juges de Strasbourg respectent ainsi une méthode de rédaction de leurs arrêts dans laquelle l'étape de qualification juridique est explicitement détaillée lorsqu'ils recherchent l'applicabilité des articles de la Convention dont la violation est alléguée. Cette opération est menée soit dans le cadre d'un intitulé spécifique, comme ce fut par exemple le cas dans l'arrêt *Bayatyan*⁹⁶⁵, soit au sein d'un ou de plusieurs paragraphes préalables à l'examen de la violation alléguée de l'article, comme par exemple dans l'arrêt *S.A.S*⁹⁶⁶.

⁹⁵⁸ La liberté de conscience est garantie par l'article 10 de la DDHC. V. CC, déc. n° 2010-613 DC, 7 oct. 2010, *Interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public* ; CE, 28 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*, n° 162289 ; CA Toulouse, 26 nov. 2001, *Jurisdata* n° 2001-184911 : « les libertés religieuse, de croyance, d'opinion, d'expression sont constitutionnellement garanties » ; B. GAUDEMET-BASDEVANT, *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, Conseil constitutionnel français, 1998, en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/bilan_99/libreg.pdf>.

⁹⁵⁹ Notamment l'article 9 de la Convention EDH, l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention EDH, l'article 18 du PIDCP ; v. G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997.

⁹⁶⁰ En ce sens, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2016, p. 104.

⁹⁶¹ Sur ce point, v. M. MALBLANC, *La technique des notions autonomes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, th. en cours de préparation.

⁹⁶² Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, § 41.

⁹⁶³ V. par exemple, Cour EDH [G.C.], *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, req. n° 4149/04 et 41029/04, § 43 ; Cour EDH [G.C.], *Karatas c. Turquie*, 8 juil. 1999, req. n° 23168/94, § 35 ; Cour EDH [G.C.], *Guerra et autres c. Italie*, 19 févr. 1998, req. n° 14967/89, § 44.

⁹⁶⁴ Cour EDH [G.C.], *Guerra et autres c. Italie*, préc., § 44.

⁹⁶⁵ Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 73-74.

⁹⁶⁶ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1er juil. 2014, req. n° 43835/11, § 106-109.

182. Une qualification *via* la CEDH éludée. Depuis 1974⁹⁶⁷, la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg offrent aux juridictions judiciaires françaises un matériel juridique fourni, dynamique⁹⁶⁸ et d'effet direct. D'après Frédéric SUDRE, ce principe d'applicabilité directe fait du juge interne le juge de droit commun de la Convention⁹⁶⁹. Les juridictions judiciaires françaises disposent à ce titre du pouvoir d'assurer la sanction des droits garantis par la Convention EDH et d'appliquer les dispositions et critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne. Le droit européen des droits de l'homme permet donc en théorie de pallier l'absence de textes relatifs aux convictions religieuses et à la liberté de religion en droit civil français.

Malgré tout, en pratique et dans ce domaine, rares sont les décisions qui font une référence expresse à la CEDH, et il semble que les tribunaux préfèrent en éluder l'application directe. En effet, s'il n'est plus rare désormais de voir au visa des décisions des articles de la Convention⁹⁷⁰, en particulier les articles 8⁹⁷¹ et 6, les références à l'article 9 relèvent de l'exception. Par exemple, tel a été le cas lorsque la Cour de cassation, saisie d'une affaire dans laquelle la prévenue avait contrevenu à l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public⁹⁷², avait réprimandé la juridiction de proximité de Paris en estimant que :

« c'est à tort que la juridiction de proximité a ignoré la motivation religieuse de la manifestation considérée »⁹⁷³.

Une telle position est salutaire à défaut d'être normale. En effet, les décisions dans lesquelles les demandeurs invoquaient l'article 9 de la Convention EDH mais que les juges décident de ne pas

⁹⁶⁷ Date à laquelle la France a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; v. J.-F. VILLEVIEILLE, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, 1973, n° 19, 1, p. 922.

⁹⁶⁸ Nous faisons ici référence à l'interprétation dynamique de la Convention qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme, et qui véhicule ainsi l'adaptabilité des mécanismes consacrés aux évolutions de la société. V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12 éd., PUF, 2015, p. 232s.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 191, n° 122.

⁹⁷⁰ L'impact du droit européen des droits de l'homme sur le droit civil français est en effet longtemps resté difficile, v. notamment A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, spéc. p. 114s.

⁹⁷¹ V. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 153 ; *contra* F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, 2014, p. 179.

⁹⁷² En vertu de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁹⁷³ Cass. Crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, *Jurisdata* n° 2013-003764. En l'espèce, la prévenue avait soutenu avoir agi dans l'exercice paisible de ses convictions religieuses et qu'elle entendait contester ladite loi qu'elle estimait contraire à l'article 9 de la Conv. EDH. La Cour de cassation ne sanctionna toutefois pas le jugement et considéra que « si l'article 9 de la Convention susvisée garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage ». V. également CA Lyon, 28 juil. 1997, *Jurisdata* n° 1997-045013, *D.* 1997. 197 ; *JCP G* 1998, II, 10025, com. M.-R. RENARD.

reproduire dans leur motivation sont bien plus nombreuses⁹⁷⁴ que celles dans lesquelles l'article 9 constitue le fondement de la décision. Les juridictions judiciaires françaises semblent éviter soigneusement de fonder leur argumentation sur la liberté de religion lorsque d'autres dispositions sont applicables à l'espèce : le contentieux des convictions religieuses devient un théâtre d'ombres sur la scène duquel la religion est à la fois omniprésente et masquée⁹⁷⁵. En l'occurrence, Pierre COULOMBEL a souligné dès 1956 que malgré le « sentiment d'une importance renouvelée des questions religieuses », le droit privé français des années cinquante paraissait s'en détacher :

« L'actualité du problème est dans la contradiction qui paraît exister entre un phénomène social de première importance et un Droit qui semble vouloir l'ignorer »⁹⁷⁶.

183. Ignorer et protéger, protéger tout en ignorant, c'est à peu près ce qu'il se dégage des décisions de justice en matière religieuse. Cette protection silencieuse a été rendue possible par le développement, dans la pensée et dans la pratique juridique française, de notions particulières : les standards juridiques (**B**).

B. Le développement des standards juridiques

184. Prémisses : la contestation de l'Exégèse et la revalorisation du rôle du juge. La contestation par François GENY de la pensée doctrinale exégétique a posé les fondations d'une individualisation du droit, de son ouverture à la réalité sociale et ouvert la voie à l'élaboration de cet outil juridique aujourd'hui « familier aux juristes qu'intéressent les questions de méthode et de source du droit »⁹⁷⁷ qu'est le standard⁹⁷⁸. Suite à la promulgation du Code civil de 1804, toute une génération de juristes s'était en effet entraînée dans un tel culte de la loi que l'on a pu dire qu'ils en étaient amoureux⁹⁷⁹. « L'amour véritable étant un amour exclusif »⁹⁸⁰, cette vénération de la loi

⁹⁷⁴ V. par exemple CA Paris, 15 juil. 2015, n° 15/13501 : demande d'arrêt de l'exécution provisoire d'une décision d'expulsion pendant le Ramadan (expulsion d'un terrain appartenant à une association culturelle islamique) au nom d'une atteinte grave et disproportionnée au droit à la liberté de religion et de culte (art. 9 CEDH), la CA refuse le moyen sans référence à l'article 9 de la Convention.

⁹⁷⁵ Nous reprenons ici la métaphore adoptée par le Professeur H. FULCHIRON, « La prise en compte des convictions religieuses dans la réalisation des soins dans les hôpitaux français », in *Laïcité et multiculturalisme en contexte de vulnérabilité. Soigner à l'âge séculier dans les hôpitaux français et québécois*, Journée d'étude, Université Laval (Canada), 29 sept. 2016.

⁹⁷⁶ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *RTD Civ*, 1956, p. 1 (voir p. 2-3).

⁹⁷⁷ J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », *Recueil Lambert*, 1938, t. 1, p. 421.

⁹⁷⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 16s. V. aussi, R. PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, Mare & Martin, 2019.

⁹⁷⁹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 60, n° 62.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 60, n° 62.

avait tourné au rejet des autres sources du droit et en particulier à la « diabolisation »⁹⁸¹ du juge. PLANIOL et GENY furent les premiers à participer à la « révolution intellectuelle »⁹⁸² de contestation de ce mouvement doctrinal en publiant respectivement en 1899 le tome 1 du *Traité élémentaire de droit civil*⁹⁸³ et la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. GENY y avait remis en cause la méthode traditionnelle du raisonnement juridique en critiquant la « fiction » qui caractérisait la pensée juridique d'alors. Cette fiction consistait à « croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout – tout le monde sait qu'il n'est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques – mais que la jurisprudence et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent »⁹⁸⁴. Cette méthode ôtait en effet à la jurisprudence tout potentiel d'adaptation du droit en enfermant le juge dans une recherche de la volonté du législateur de 1804. « Ne nous hâtons pas d'en rire »⁹⁸⁵, disait SALEILLES, tant cette posture semblait oublier qu'au fond le législateur n'est autre qu'un ensemble d'êtres humains et non une entité abstraite dotée du pouvoir d'édicter des lois anticipant les évolutions futures de la société, de la pensée, de la science, des arts ou du droit⁹⁸⁶. Ainsi, tout en reconnaissant l'autorité légitime de la loi écrite, GENY critiquait la dérive doctrinale de l'Exégèse ayant contribué à entretenir la rigidité et la stagnation d'un droit focalisé sur un Code civil vieillissant et des textes « imparfaits comme toute œuvre humaine »⁹⁸⁷. En tout état de cause, il fallait « un intermédiaire, qui puisse et sache adapter [la formule rigide du texte légal] aux situations et circonstances, pour lesquelles elle est écrite. Cet intermédiaire, c'est précisément l'interprète du droit, et, particulièrement, dans les litiges concrets, le juge »⁹⁸⁸. En ce sens, GENY amorça une révolution doctrinale prônant un retour au concret et à la confiance à accorder aux juges :

« [N]e doit-on pas sacrifier à une chimère d'inflexibilité et d'égalité abstraites toute idée d'adaptation individuelle des principes généraux, par le moyen de l'appréciation judiciaire, en des cas où les circonstances, qui conditionnent la

⁹⁸¹ Nous empruntons l'expression à A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 74, n° 33.

⁹⁸² P. MALAURIE, « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », *JCP G*, 2001, n° I, p. 9.

⁹⁸³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1 éd., LGDJ, 1899, t. 1.

⁹⁸⁴ R. SALEILLES, « Préface », in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, sous la dir. de F. GÉNY, 2 éd., LGDJ, 1932, p. XIII (voir p. XIV), tiré de l'éd. originelle de 1899.

⁹⁸⁵ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. XVIII. ; v. en ce sens, E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1903, t. I, p. 16s.

⁹⁸⁶ Les rédacteurs du Code civil s'étaient pourtant manifestés en ce sens, et notamment Portalis qui n'avait pas manqué de souligner dans son *Discours préliminaire* que tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. Gény en reproduit d'ailleurs un extrait dans la *Méthode*, v. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 98s.

⁹⁸⁷ F. GÉNY, *op. cit.*, p. 195.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 212. ; v. également J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 62s.

décision de droit, sont trop variables et trop nuancées pour entrer dans le moule rigide d'une formule légale »⁹⁸⁹.

Combinée aux travaux de SALEILLES, qui s'était intéressé à la question de l'individualisation de la peine⁹⁹⁰, cette refonte de la méthode de raisonnement juridique a contribué à faire revenir sur le devant de la scène le juge et son pouvoir d'appréciation. Dans la postérité de GENY et de SALEILLES, d'autres auteurs défendirent à leur tour le rôle du juge en préconisant l'individualisation du droit. On lit ainsi chez Jean CRUET que :

« Le juge est en contact quotidien avec la vie juridique dans ses manifestations les plus spéciales, les plus exceptionnelles ; sa préoccupation essentielle, directement opposée à celle du législateur, est pour ainsi parler d'*individualiser* le droit en essayant d'en accorder les lignes générales aux traits caractéristiques de chacun des cas particuliers dont il est successivement saisi »⁹⁹¹.

CRUET défendait notamment l'idée selon laquelle il n'est plus question de se méfier du juge mais qu'il est indispensable de reconnaître que celui-ci, en confrontant les textes et l'espèce, « [est] contraint à une analyse plus approfondie des phénomènes de la vie juridique »⁹⁹². Sans aller jusqu'à contester la légitimité de la loi, c'est donc l'idée de sa complémentarité avec le travail jurisprudentiel qui s'éleva au début du XX^e siècle⁹⁹³. L'interdépendance de la loi et de la jurisprudence fut encore rappelée par PERREAU qui, s'intéressant au rôle et à l'autorité de cette dernière, débutait son analyse par l'affirmation suivante :

« Nier l'importance pratique de la jurisprudence des tribunaux serait si puéril que nul n'y songe »⁹⁹⁴.

Force est de constater qu'en réaffirmant la place et le rôle de la jurisprudence, on dessinait l'ébauche d'une théorie d'un Droit aux contours certes légaux mais dont le remplissage revenait aux juges. Pour Stéphane RIALS, c'est ainsi dans la postérité de GENY, « à partir de la frange la plus audacieuse, la plus imprégnée des pensées en vogue, du vaste courant de remise en cause de

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 217.

⁹⁹⁰ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 1898. V. également R. SALEILLES, « Fondement et développement du droit », *RIE*, n° 22, p. 44 ; R. SALEILLES, « L'origine du droit et du devoir », *Revue Montalembert*, 1909, p. 251.

⁹⁹¹ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 73.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 81. ; notons que l'auteur souligne qu'il ne s'agit pas d'aller jusqu'à contester la légitimité de la loi puisque selon lui celle-ci doit limiter et diriger l'arbitraire du juge (*cf.* p. 82).

⁹⁹³ On n'oubliera pas l'interdépendance de la jurisprudence et de la doctrine défendue par R. Saleilles, et notamment le rôle d'avant-garde qu'il confie à cette dernière : « la doctrine doit préparer et justifier les innovations ou les hardiesses du juge », R. SALEILLES, « École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *RTD Civ.*, 1902, n° II, p. 104.

⁹⁹⁴ E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Librairie des sciences politiques et sociales, 1923, t. 1, p. 9. Sur la nécessité de la jurisprudence, v. également J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, préc.

l'Exégèse »⁹⁹⁵ que s'est constitué le mouvement du standard, celui-ci apparaissant alors comme un outil privilégié de l'expression de cette complémentarité entre loi et appréciation judiciaire⁹⁹⁶.

« C'est dans ce terreau de religion de la vie et de sacralisation du fait que la notion anglo-saxonne de standard a pris racine en France »⁹⁹⁷.

185. Les standards juridiques, des outils polymorphes du raisonnement juridique. La première théorisation des standards juridiques est attribuée à Roscoe POUND au début du XX^e siècle. Lors d'une conférence, ce dernier les aurait érigés au même rang que trois autres instruments juridiques : les règles, les principes et les concepts⁹⁹⁸. POUND expliquait que les standards constituent des normes juridiques générales destinées à guider le juge (« *legally defined measures of conduct to be applied by or under the direction of tribunals* »⁹⁹⁹). Depuis, la notion fut reprise – portée ou critiquée¹⁰⁰⁰ – et elle est aujourd'hui pleinement entrée dans le vocabulaire juridique. Le *Lexique des termes juridiques* en donne la définition suivante :

« notion à contenu variable utilisée pour désigner un comportement supposé correspondre à ce qui est communément admis par un groupe social à un moment donné (ex. : les bonnes mœurs, la bonne foi, le bon père de famille, les règles de l'art dans l'exécution d'un travail). En cas de litige, ce comportement type sert de référence au juge pour apprécier le comportement d'un individu. Le caractère flou du standard juridique, qui ne se laisse pas enfermer dans une définition précise, confère au juge un grand pouvoir d'appréciation dans l'application de la notion. Le standard juridique, par sa souplesse, permet l'adaptation du droit à l'évolution de la société ; de manière plus pragmatique, il permet ponctuellement la légitimation d'une solution juridique »¹⁰⁰¹.

Bien que cette définition induise plusieurs implications, nous pouvons d'ores et déjà en retenir une : le pouvoir d'appréciation qu'en raison de son « contenu variable » le standard confère au juge¹⁰⁰². Le standard juridique se présente en effet comme un instrument-cadre renvoyant à des

⁹⁹⁵ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 21.

⁹⁹⁶ Pour un retour résumé sur la genèse des standards juridiques, v. S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER-ELST, Bruylant, 1984, p. 39.

⁹⁹⁷ S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *op. cit.*, p. 39, spéc. p. 41.

⁹⁹⁸ V. R. POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », Allocution à la rencontre de l'American Bar Association, présentée à Boston, 2 nov. 1919, cité par S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 23s. ; A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, 1970, n° 2, Vol. 22, p. 247.

⁹⁹⁹ Cité par A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26.1, p. 155, en ligne : <https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_26-1_6_Ouedraogo.pdf>.

¹⁰⁰⁰ Sur ce point, v. A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », préc.

¹⁰⁰¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24 éd., Dalloz, 2016-2017, p. 1031 (nous soulignons).

¹⁰⁰² Sur ce point, v. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2 éd., Dalloz, 2005, p. 112 : « Le standard aboutit évidemment à donner un rôle plus considérable au juge, qui ne se bornera pas à appliquer d'une manière mécanique une règle dans l'espèce, mais qui devra vérifier la conduite du défendeur et la comparer à un type-modèle [...] ».

notions insusceptibles de définition exhaustive, comme « une notion ambiguë pour fédérer d'autres notions délibérément ambiguës »¹⁰⁰³. Sont ainsi constitutifs de standards juridiques les notions de bonne foi, d'homme raisonnable¹⁰⁰⁴, d'intérêt général, de danger ou encore d'intérêt légitime par exemple. Parce que la loi est incapable d'enfermer ces notions dans un moule précis sans emporter l'incomplétude des situations qu'elles recouvrent, il revient au juge d'apprécier *in concreto* si les faits du litige qui lui est présenté répondent au « comportement type » exigé. Ce faisant, l'appréciation d'un standard par le juge constituerait d'avantage un travail d'interprétation du fait que d'interprétation du droit¹⁰⁰⁵.

186. Le standard juridique apparaît comme une notion polymorphe tant par la variété des termes utilisés pour le dénommer que par les notions qu'il implique ou encore par les nuances qu'il peut comporter. Comme le soulignait Stéphane RIALS¹⁰⁰⁶, le standard juridique possède en effet tout un éventail de synonymes en droit français : les auteurs parlent tantôt de « concepts flous »¹⁰⁰⁷, de « concepts juridiques indéterminés »¹⁰⁰⁸, de « normes souples »¹⁰⁰⁹, tantôt de « critères »¹⁰¹⁰ ou de « notions à contenu variable »¹⁰¹¹. Si la terminologie change, les auteurs s'accordent à y inclure un certain nombre de notions juridiques telles que l'intérêt de l'enfant, la faute, la bonne foi, les bonnes mœurs¹⁰¹². Toutes ces notions s'insèrent par ailleurs dans des domaines divers du droit, qu'il s'agisse du droit pénal¹⁰¹³, du droit de la responsabilité civile, du droit

¹⁰⁰³ M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ Droit prospectif*, 2014/4, p. 1669.

¹⁰⁰⁴ Feu la notion de *bonus pater familias*, remplacée par le mot « raisonnable » depuis la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (art. 26).

¹⁰⁰⁵ Sur les rapports entre les standards et la distinction du fait et du droit, v. D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1069.

¹⁰⁰⁶ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 4.

¹⁰⁰⁷ M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, 2^e éd., PUF, 2015, p. 67.

¹⁰⁰⁸ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2016, p. 117, n° 66s.

¹⁰⁰⁹ L. DI QUAL, *La compétence liée*, LGDJ, 1964, p. 134.

¹⁰¹⁰ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, p. 245 ; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, p. 51 ; A. AL-SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, M. Giard, 1925, p. 23.

¹⁰¹¹ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 99 ; C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

¹⁰¹² V. F. HAID, *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, 2005, [th. : Aix-Marseille III].

¹⁰¹³ L'article 122-6 du Code pénal instaure en effet une présomption de légitime défense pour celui qui agit « de nuit » afin de repousser « l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ». Pour M.-L. MATHIEU, le terme « nuit » s'analyse ici comme un concept « faussement net », M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, préc., p. 67. On pourrait également citer l'article 121-3 al. 3 et 4 du même Code qui met en œuvre plusieurs standards et notamment celui de « faute », de « normales » ou encore de « manifestement » : « [al. 3] Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pou-

des contrats¹⁰¹⁴, du droit de la famille ou encore du droit public. D'influence anglaise¹⁰¹⁵, les standards juridiques sont des outils utilisés dans les autres systèmes juridiques : aucun d'entre eux « qu'il soit libéral ou socialiste [...] ne résiste au standard »¹⁰¹⁶. Le caractère polymorphe du standard se distingue enfin de par les nuances que l'outil peut comporter : parfois il sera assimilé aux notions souples, parfois il en sera distingué. C'est notamment la position de Jean-Louis BERGEL qui, après avoir constaté l'usage alternatif des expressions de « notions indéterminées », de « notions floues » et de « standards », expliquait que ces derniers sont davantage constitutifs de « normes d'appréciation de conduite sociale correcte dans une situation, à un moment et en un lieu donnés que des notions proprement dites »¹⁰¹⁷. Autrement dit, le standard constituerait un concept juridique en partie indéterminé mais tous les concepts juridiques indéterminés ne seraient pas constitutifs de standards¹⁰¹⁸. Conscient de cette éventuelle distinction, notre propos s'en tiendra à l'utilisation du terme « standard ».

187. Le catalogage des différents standards juridiques est impossible tant le panel est conséquent. Comme on a pu le remarquer :

« Il y a des standards descriptifs (faute grave, erreur manifeste, circonstances exceptionnelles, intérêt légitime, bref délai...) et des standards exprimés sous la forme d'un substantif (urgence, tardiveté, nécessité...), des standards positifs et des standards négatifs, des standards directeurs et des standards correcteurs, des standards dogmatiques, des standards techniques ou matériels, des standards comportementaux... »¹⁰¹⁹.

voir et des moyens dont il disposait. [al. 4] Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer » (nous soulignons). Pour des développements inhérents aux standards en droit pénal, v. M. DELMAS-MARTY, « Les standards en droit pénal », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1019.

¹⁰¹⁴ Par exemple, on retrouve le standard juridique de la bonne foi à l'article 1104 du CCiv. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » ; v. B. STURLÈSE, « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, n° 2016/2, p. 398.

¹⁰¹⁵ Cette influence se manifeste à deux égards : d'abord, car le terme « standard » lui-même puise ses origines dans le droit anglo-saxon ; ensuite car on doit sa théorisation à R. POUND, Professeur à l'Université d'Harvard et porte-parole du réalisme américain. V. C. BLOUD-REY, « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1439.

¹⁰¹⁶ C. BLOUD-REY, *op. cit.*

¹⁰¹⁷ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2016, p. 117, n° 66.

¹⁰¹⁸ V. également P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1181 : « Le standard est donc un concept beaucoup plus étroit que la notion souple : toute notion souple n'est pas un standard, loin s'en faut, mais il y aura parfois difficulté à les distinguer dans certains cas » (p. 1184).

¹⁰¹⁹ M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ Droit prospectif*, 2014/4, p. 1669 (voir p. 1670). L'auteur renvoie par ailleurs à P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1037.

Notre étude n'ayant pas pour objectif de procéder à un tel recensement, nous nous en tiendrons à identifier une division organique déjà soulevée par les auteurs¹⁰²⁰ : les standards textuels et les standards jurisprudentiels¹⁰²¹. Les premiers, « conçus et bâtis par le législateur entendu au sens large d'auteur des textes constitutionnels, internationaux, législatifs ou réglementaires »¹⁰²² sont constitutifs d'une technique de délégation de pouvoir¹⁰²³. Elle témoigne de la promotion volontaire par le législateur de la liberté d'appréciation du juge¹⁰²⁴. Répondent ainsi à cette catégorie les notions de « force majeure »¹⁰²⁵, d'« imprudence »¹⁰²⁶, d'« urgence »¹⁰²⁷, ou encore d'« abus »¹⁰²⁸ par exemple. Les seconds, les standards jurisprudentiels, sont quant à eux « conçus et bâtis de toutes pièces par les juges, pensés et fabriqués *ex nihilo* par les tribunaux » : ils en sont « l'œuvre pure et simple »¹⁰²⁹. Ces standards juridiques sont constitutifs d'une technique de réservation du pouvoir normatif par les juges¹⁰³⁰ dont la possibilité d'existence est ouvertement prévue à l'article 4 du Code civil qui sanctionne le déni de justice¹⁰³¹. Cette catégorie de standards comprend par exemple les notions d'enrichissement sans cause¹⁰³², de troubles anormaux du voisinage, ou encore les caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et (jusqu'en 2006) d'extériorité issus de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de force majeure¹⁰³³.

188. Finalement, « l'importance des standards dans la stratégie législative et dans l'appréhension des faits par le droit, notamment par le juge, montre leur intérêt méthodologique »¹⁰³⁴. Ces notions à contenu variable constituent des outils au service de la qualification juridique des faits par le juge : « leur extrême plasticité » permet au droit de « mieux saisir l'infinie diversité des faits et de mieux absorber dans des règles stables l'évolution sociale, économique ou

¹⁰²⁰ V. sur ce point S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 55s. ; M. THIOYE, *op. cit.*, p. 1670 ; P. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 871 (voir p. 876s.).

¹⁰²¹ D'aucuns se sont également intéressés aux standards doctrinaux que nous avons choisi d'écarter pour cette étude. V. N. DISSAUX, « Les standards doctrinaux », *RDA*, 2014, n° 9, p. 36.

¹⁰²² M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *op. cit.*, spéc. p. 1672.

¹⁰²³ S. RIALS, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰²⁴ M. THIOYE, *op. cit.*, spéc. p. 1673.

¹⁰²⁵ Articles 1218, 1351, 1733, 1754, 1755, 1231-1, 1307-2 (...) du Code civil. Pour une énumération exhaustive, l'auteure invite le lecteur à procéder à une recherche par expression sur le moteur de recherche du site Légifrance.

¹⁰²⁶ Articles 1241, 1242, 2000 du Code civil.

¹⁰²⁷ Articles 9, 515-9, 459, 2065 (...) du Code civil ; articles 56, 905, 346 (...) du Code de Procédure civile.

¹⁰²⁸ Art. 11 de la DDHC pour l'abus de la liberté de communication des pensées et des opinions.

¹⁰²⁹ M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *op. cit.*, p. 1670.

¹⁰³⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰³¹ L'article 4 du Code civil dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». V. M. THIOYE, *op. cit.*, p. 1677.

¹⁰³² Cass. 15 juin 1892, S.93.I.281 note LABBÉ.

¹⁰³³ Cass. Ass. Plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168 et n° 04-18902.

¹⁰³⁴ J.-L. BERGEL, « Avant-propos », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 805 (voir p. 806).

technologique... »¹⁰³⁵. En ce sens, les standards nous sont apparus d'autant plus importants lorsqu'un litige porte sur une question impliquant une dimension religieuse. En raison de leur proximité avec le fait et de l'étendue des possibilités qu'ils confèrent au juge, les standards juridiques se sont présentés comme un instrument privilégié d'éviction des convictions religieuses du raisonnement judiciaire, tout en permettant leur prise en considération factuelle et surtout, silencieuse (II).

II. LES OUTILS D'UNE PRISE EN COMPTE INDIRECTE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

189. L'analyse de l'utilisation des standards juridiques dans les litiges judiciaires comportant un élément religieux a tout d'abord requis la détermination d'une technique d'identification de ces standards. La recherche a ainsi été orientée autour des adjectifs à contenu souple laissant aux juges du fond une certaine marge d'appréciation et impliquant l'appréciation des faits au regard d'un comportement-type. Aussi, les développements subséquents ne sauraient prétendre à l'exhaustivité dans l'identification des standards utilisés, mais doivent servir à illustrer la richesse de leur utilisation dans la jurisprudence « du fait religieux ». Dans cette perspective, le propos sera divisé autour de deux catégories de standards : les standards textuels (A) et les standards jurisprudentiels (B).

A. L'emploi de standards textuels

190. L'identification des standards textuels permettant à la jurisprudence de tenir compte des convictions religieuses en tant que fait mène au constat suivant : s'il n'en constitue pas le domaine exclusif, le droit de la famille en est le contentieux privilégié.

191. Le standard de l'« exceptionnel » dans le divorce. Ce standard¹⁰³⁶ a été abondamment utilisé dans le contentieux issu de l'ancien article 240 du Code civil¹⁰³⁷ qui prévoyait une fin de non-recevoir au divorce pour rupture de la vie commune¹⁰³⁸. L'article était rédigé en les termes suivants :

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 809.

¹⁰³⁶ Sur l'expression de l'anormalité par le biais du standard « exceptionnel », v. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 66.

¹⁰³⁷ Abrogé par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

¹⁰³⁸ Sur l'articulation entre divorce pour rupture de la vie commune (loi ancienne) et divorce pour altération définitive du lien conjugal (créé par la loi du 26 mai 2004), v. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La recevabilité du divorce pour altération définitive du lien conjugal malgré la clause d'exceptionnelle dureté opposée au divorce pour rupture de la

« Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande »¹⁰³⁹.

Cette disposition, qualifiée de clause d'exceptionnelle dureté, permettait aux juges civils de prendre en considération les convictions religieuses de l'époux tout en les maintenant dans le cadre factuel de la décision. En l'absence d'une véritable clause de conscience qui permettrait au conjoint de s'opposer au divorce¹⁰⁴⁰ – « la loi n'[ayant], en la circonstance, rien prévu »¹⁰⁴¹ – la clause de dureté constituait une alternative combinant conséquentialisme de fait et standard de l'« exceptionnel ». Un arrêt solidement motivé de la Cour d'appel de Colmar permet d'éclairer cette utilisation jurisprudentielle du standard au service d'une prise en considération du fait religieux¹⁰⁴². Rappelant tout d'abord le principe selon lequel un défendeur ne saurait invoquer ses convictions religieuses pour faire obstacle au prononcé du divorce, les juges avaient relevé et détaillé dans quelle mesure la rupture du lien conjugal était susceptible de remettre en cause l'équilibre moral, social ainsi que l'état de santé physique de l'époux s'y opposant en raison de ses croyances religieuses. En l'occurrence, ce n'est pas au nom des convictions religieuses de l'intéressé que la Cour rejeta le divorce, mais en raison des conséquences d'une exceptionnelle dureté que son prononcé eût pu avoir sur le conjoint « en raison de ses profondes convictions religieuses »¹⁰⁴³. Ces dernières interviennent alors dans le raisonnement en tant que « donnée psychologique »¹⁰⁴⁴ et non pas en tant que donnée religieuse. Bien que la lecture de l'arrêt laisse évidemment entendre que l'atteinte aux convictions religieuses constituait l'élément déterminant de la décision¹⁰⁴⁵, ce sont officiellement les « conséquences matérielles et morales d'une exceptionnelle dureté » qu'aurait engendré le divorce sur l'équilibre moral et physique de l'intéressé qui justifèrent la fin de non-recevoir. Et les juges d'appel de souligner que ces conséquences se déduisent de « la ferveur religieuse de [l'appelante], sa piété, son dynamisme dans des mouvements d'Église, ainsi que son attachement à l'enseignement de l'Église sur l'indissolubilité du lien matrimonial » ; de la considération que le divorce serait une « “croix trop lourde” à porter en raison de ses convictions religieuses et notamment de son respect pour les paroles du Christ “ce que Dieu a uni, l'homme ne peut le séparer” » ; ou encore du fait que « le divorce la placerait contre son gré dans une situation moralement insoutenable et entraverait la poursuite normale de ses activités au

vie commune », *Dr. Fam.*, 2011, n° 6, p. 29, note sous CA Poitiers, 10 nov. 2010, n° 09-03731, *Jurisdata* n° 2010-027452.

¹⁰³⁹ Nous soulignons.

¹⁰⁴⁰ V. en ce sens, A. SÉRIAUX et J. VILLACÈQUE, *D.*, 1984, p. 520, note sous TGI Perpignan 29 févr. 1984.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² CA Colmar, 23 nov. 1990, *JCP G* 1991.II.21764 note J. VILLACÈQUE.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit Civil. La famille, les incapacités*, 13 éd., PUF, 1989, § 129.

¹⁰⁴⁵ J. VILLACÈQUE, *JCP G*, II, p. 21764, note sous CA Colmar, 23 nov. 1990.

sein de l'Église, dans la mesure où d'une part il heurterait ses convictions religieuses les plus profondes, et d'autre part soulèverait la réprobation du milieu qu'elle fréquente et qui s'oppose de façon absolue au principe même de tout divorce ». L'ensemble de ces éléments est appuyé par un dernier constat selon lequel l'épouse présentait un « psychisme fragile qui ne lui permet[tait] pas de supporter les traumatismes affectifs » et que, partant, « cette fragilité psychique, greffée sur un état de santé déficient [était] de nature à accroître le sentiment d'échec que ressentirait l'appelante en cas de divorce ».

192. C'est donc par l'appréciation du critère des « conséquences d'une exceptionnelle dureté » que les juges confièrent aux convictions religieuses une place – voire d'indirectes conséquences – dans leur raisonnement en matière de divorce. Cette stratégie, de jurisprudence constante¹⁰⁴⁶, fut néanmoins remise en question par la suppression, en 2004, de l'article 240 du Code civil. Le « nouveau » divorce pour altération définitive du lien conjugal consacre un divorce brut, objectif¹⁰⁴⁷, à l'encontre duquel aucune clause de dureté ne peut plus être invoquée. Partant, même « sensible[s] aux convictions religieuses » de l'un ou de l'autre époux, les juges se doivent de statuer « en vertu du principe de laïcité, sur le mariage civil des époux au regard des règles légales contenues dans le code civil »¹⁰⁴⁸. Néanmoins, si l'appréciation des convictions religieuses par le biais du standard de l'« exceptionnel » n'est plus susceptible d'intervenir au stade de la recevabilité du divorce, elle intervient désormais au stade de ses conséquences. En effet, l'article 266 issu de la loi du 26 mai 2004 dispose que :

« [D]es dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint »¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ V. TGI Compiègne, 26 oct. 1976, *Garç. Pal.* 1977.1.198, note M. BRAZIER, *D.* 1978.I.R.11 obs. BRETON ; TGI Montpellier, 26 janv. 1977, *Garç. Pal.* 1977.2.474, *D.* 1978.I.R.11 obs. BRETON ; CA Paris, 16 mars 1978, *JCP* 1978.II.18964, note R. LINDON. Cette technique n'était pour autant pas systématique, les juges – conservant leur marge de manœuvre – pouvaient de la même manière refuser de considérer que les faits allégués revêtaient les critères de l'exceptionnelle dureté exigée par l'article 240 : v. notamment TGI Nice, 25 janv. 1978, *D.* 1979.I.R.14, obs. BRETON ; TGI Paris, 12 nov. 1976, *JCP* 1976.II.18513, note LINDON ; *D.* 1978.I.R.11, obs. BRETON. V. également la décision de la Cour de cassation fondée notamment sur l'évolution de l'Église catholique pour rejeter la clause d'exceptionnelle dureté Cass. Civ. 2^e, 13 mars 2003, n° 01-14616 (« ayant relevé que [l'épouse], séparée de son mari depuis 18 ans, pourrait, bien que divorcée, continuer à pratiquer sa religion sans entrave ni restriction en raison de l'évolution de l'Église catholique et que le mariage religieux, contrairement au mariage civil, restait indissoluble, la Cour d'appel a, à bon droit, rejeté la clause d'exceptionnelle dureté soulevée par [l'épouse] en raison de ses convictions religieuses »).

¹⁰⁴⁷ En vertu des articles 237 et 238 du Code civil, le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être demandé lorsque les époux vivent séparés depuis plus de deux ans lors de l'assignation en divorce.

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 29 janv. 2009, n° 08/00654, *Jurisdica* n° 2009-000635.

¹⁰⁴⁹ Si la question de la distinction entre le terme « exceptionnelle » et « particulière » peut effectivement être soulevée, nous tiendrons ces deux expressions pour synonymes, l'intérêt de la démonstration n'étant pas d'établir une

Dans l'application de cette disposition, les juges ont refusé de conférer aux convictions religieuses de l'un des époux une portée efficiente en considérant qu'en elle-même l'invocation des convictions religieuses était insuffisante à établir et à caractériser les conséquences d'une particulière gravité exigées par l'article 266¹⁰⁵⁰. Néanmoins, sous le chef de cet article et à l'aide du standard de l'« exceptionnel », semble désormais apparaître en jurisprudence la reconnaissance d'un préjudice religieux. Les cours d'appel paraissent de plus en plus enclines à juger de l'atteinte aux sentiments ou à la pratique religieuse de l'époux afin de caractériser les conséquences d'une particulière gravité exigées par la lettre de l'article 266. Partant, si elles ne sont pas de nature à empêcher le prononcé du divorce civil, les convictions religieuses alors heurtées peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts du fait de la dissolution du mariage¹⁰⁵¹.

193. Le standard de la « gravité » dans le divorce pour faute. L'article 242 du Code civil prévoit que :

« Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

Ce standard textuel est constitutif d'un outil approprié d'appréhension jurisprudentielle du fait religieux pour le juge saisi d'une demande en divorce pour faute par laquelle l'un des époux émet des reproches de nature religieuse à son conjoint. Contrairement au standard de l'« exceptionnel » qui a été étudié plus haut et qui vise à s'opposer au divorce, le standard de la « gravité » tend à le faire prononcer. En effet, il autorise le juge à mesurer l'incidence du comportement religieux de l'époux sur la vie familiale¹⁰⁵² puisque la pratique de la religion ne peut constituer une cause de divorce que « dans la mesure où elle occasionne un trouble grave dans le ménage »¹⁰⁵³. L'appréciation de ces conséquences relève de l'appréciation souveraine du juge, et donc

potentielle hiérarchie des standards, mais d'en démontrer l'utilité pour l'appréciation jurisprudentielle des convictions religieuses.

¹⁰⁵⁰ CA Nîmes, 2 mars 2016, n° 15/00517 ; dans cette affaire, la Cour d'appel rejette par ailleurs la faute de l'épouse dont la « foi excessive » aurait rendu insupportable le maintien du lien conjugal au motif que l'époux ne démontre pas « que cette pratique religieuse aurait durant l'union des époux, été excessive, perturbant la vie quotidienne de la famille » (la cour faisant ici appel à un standard jurisprudentiel qui sera développé *infra*).

¹⁰⁵¹ Sur l'atteinte aux sentiments religieux, v. CA Paris, 12 mai 2016, n° 14/18070 : « [L'épouse] ne produit par ailleurs aucun témoignage rapportant que cette rupture a particulièrement heurté ses convictions religieuses, ou qu'elle a entraîné un isolement social et affectif particulier ». Sur l'atteinte à la pratique religieuse, v. CA Paris, 15 nov. 2016, n° 14/17643 : « Compte tenu de l'engagement religieux dans la foi catholique de [l'épouse], ce qui n'est pas contesté par son époux, l'épouse faisant valoir qu'il lui sera impossible de se marier à nouveau religieusement et même civilement sous peine de plus avoir accès à la communion, le divorce a pour elle des conséquences d'une extrême gravité ».

¹⁰⁵² Pour une analyse détaillée v. tout particulièrement V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961.

¹⁰⁵³ CA Pau, 29 mai 1984, *Jurisdata* n° 043132 ; v. également CA Rennes, 27 mars 2012, n° 10-07958, *Jurisdata* n° 2012-006230 : « Si la pratique d'une religion n'est pas un fait reprochable en soi, les excès dans la pratique, le

de son pouvoir d'appréciation. Ainsi que l'a relevé Vincente FORTIER¹⁰⁵⁴, ont été considérés comme constitutifs d'une violation grave des obligations du mariage l'obligation de porter le voile, l'interdiction de travailler¹⁰⁵⁵, la pratique religieuse contraignant à modifier complètement le mode de vie et ayant conduit à la rupture¹⁰⁵⁶, la séquestration¹⁰⁵⁷, le mode de vie modifiant totalement l'équilibre de la famille¹⁰⁵⁸, la transformation de la maison familiale en édifice consacré au culte, obligeant femme et enfants à de longues prières et méditations, ainsi que le mysticisme perturbant l'état de santé de la famille¹⁰⁵⁹, le fait d'imposer à la famille une nourriture étrange et ne pas élever les enfants selon les principes de la religion de la famille¹⁰⁶⁰, l'intransigeance¹⁰⁶¹, l'intolérance envers le dogme de l'autre époux¹⁰⁶², etc. En outre, les convictions religieuses du couple peuvent constituer un élément supplémentaire à la constatation d'une faute reposant sur des faits d'adultère et d'abandon du domicile conjugal. De tels faits sont d'autant plus constitutifs d'une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune « que le mariage du couple avait pour socle les convictions religieuses affichées et partagées des deux époux durant la vie maritale »¹⁰⁶³.

194. Le standard de « l'intérêt de l'enfant » en droit de la famille. « Formule magique »¹⁰⁶⁴ au sein du droit de la famille, la notion d'intérêt de l'enfant prévue notamment à l'article 371-1 du Code civil¹⁰⁶⁵ et généreusement présente en droit européen et international des droits de l'homme¹⁰⁶⁶, constitue un standard juridique¹⁰⁶⁷. En tant que notion souple, au contenu indé-

prosélytisme incessant envers le conjoint et l'observance de règles trop strictes qui aboutissent à isoler le couple de la famille et des amis constituent des griefs ».

¹⁰⁵⁴ V. FORTIER, *op. cit.*

¹⁰⁵⁵ CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1997, *Jurisdata* n° 040044.

¹⁰⁵⁶ CA Versailles, 25 mars 1993, *Jurisdata* n° 041197.

¹⁰⁵⁷ CA Rennes, 21 mars 1990, *Jurisdata* n° 043902.

¹⁰⁵⁸ CA Montpellier, 9 nov. 1987, *Jurisdata* n° 02482.

¹⁰⁵⁹ Cass. Civ., 19 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 721, note BARBIER.

¹⁰⁶⁰ Cass. Civ., 11 mars 1981, *Jurisdata* n° 0960.

¹⁰⁶¹ CA Paris, 2 déc. 1993, *Jurisdata* n° 023373.

¹⁰⁶² CA Douai, 28 nov. 1986, *Jurisdata* n° 01089.

¹⁰⁶³ CA Rennes, 15 févr. 2016, n° 15/00112.

¹⁰⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, 21 éd., PUF, 2002, t. 2, p. 85.

¹⁰⁶⁵ Art. 371-1 al. 1 CCiv. : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». En vertu de l'article 373-2-1 du Code civil, l'intérêt de l'enfant permet aussi d'écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale. Constituent des motifs de retrait de l'exercice de l'autorité parentale le désintérêt du parent vis-à-vis de l'enfant (v. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n° 09/15165 ; CA Lyon, 21 mars 2011, n° 09/02173), son refus de collaborer avec l'autre (v. par exemple CA Rouen, 19 oct. 2006, n° 05/14185), son comportement dangereux (v. par exemple CA Lyon, 21 mars 2011, n° 10/01026 ; CA Grenoble, 16 juil. 2014, n° 13/04267). En revanche, ne constitue pas un motif de retrait de l'exercice de l'autorité parentale l'orientation religieuse du parent (Cour EDH, *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n° 12875/87).

¹⁰⁶⁶ Art. 3-1 de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant (CIDE) : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». De surcroît, la Cour EDH interprète les dispositions de l'article 8 de la Conv. EDH à la lumière des exigences imposées par la CIDE : v. Cour EDH, *A.B. et autres c. France*, 12 juil. 2016, req. n° 11593/12, § 151s. ; Cour

miné et *a fortiori* soumis à l'interprétation des juges, l'intérêt de l'enfant permet d'introduire dans le raisonnement judiciaire ses convictions religieuses ou celles de ses parents. Par exemple, afin de trancher un conflit d'autorité parentale relatif au baptême de deux enfants – âgés de huit et dix ans au jour de l'instance – la recherche de l'intérêt supérieur avait mené la Cour de cassation à considérer que le sacrement ne correspondait pas à leur intérêt dès lors que ces derniers ne souhaitaient pas être baptisés. La demande du père avait ainsi été à juste titre rejetée par la Cour d'appel, l'intérêt supérieur des enfants s'analysant alors implicitement comme une limite à la liberté de conscience et de religion du père¹⁰⁶⁸. Néanmoins, l'invocation du standard de l'intérêt de l'enfant ne permet pas aux juridictions de se dispenser d'une appréciation conséquentialiste : opère ainsi une différence de traitement disproportionnée au regard de l'article 14 de la Convention EDH l'arrêt qui accorde une importance déterminante à des généralités sur la religion du parent¹⁰⁶⁹. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait validé la décision de la Cour d'appel qui fixait la résidence habituelle des enfants chez leur père. Cette dernière avait considéré :

« que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme ;

Attendu que l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte ; (...) »¹⁰⁷⁰.

EDH, *Rahimi c. Grèce*, 5 avr. 2011, req. n° 8687/08, § 108 : « Enfin, la Cour note que, dans le contexte de sa jurisprudence sur l'article 8 de la Convention et la protection de la vie familiale, elle a déjà admis qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer », renvoyant à Cour EDH [G.C.], *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juil. 2010, req. n° 41615/07, § 132 ; v. également Cour EDH, *B. c. Belgique*, 10 juil. 2012, req. n° 4320/11, § 56s. Le renvoi à l'intérêt supérieur de l'enfant figure aussi à l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (2000/C 364/01) : « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

¹⁰⁶⁷ V. en ce sens A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *Droit des mineurs*, 2 éd., Dalloz, 2014, p. 62 ; v. également T. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », *REVDH*, 2013, n° 3, en ligne : <<http://revdh.revues.org/189>>.

¹⁰⁶⁸ Cass. Civ. 1ère, 23 sept. 2015, n° 14-23724, *RTD Civ.* 2015 p.861, note J. HAUSER ; *Dr. Fam.*, 2015, n° 11, p. 69 focus M. LAMARCHE ; *RJPF*, 2015, n° 11, p.18, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ : « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé, par motifs adoptés, que le conflit d'autorité parentale relatif au baptême des enfants devait être tranché en fonction du seul intérêt de ces derniers, la Cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, d'une part, que les enfants, âgés de 6 et 7 ans, ne souhaitaient pas être baptisés car ils ne comprenaient pas le sens de cette démarche, d'autre part, qu'ils ne souhaitaient pas, en l'état, revoir leur père, dont les droits de visite avaient été suspendus en raison de son comportement menaçant et violent ; qu'elle en a souverainement déduit, sans méconnaître la liberté de conscience et de religion du père, qu'en l'état du refus de la mère, la demande de ce dernier, qui n'était pas guidée par l'intérêt supérieur des enfants, devait être rejetée ; que le moyen n'est pas fondé ». V. également CA Dijon, 4 juin 1991, *Jurisdata* n° 048017 : la liberté de la mère « d'adhérer à une secte où elle croit trouver son épanouissement personnel ne peut avoir pour effet que ses enfants, âgés de huit ans et de cinq ans, soient contraints de partager un mode de vie peu compatible avec les normes éducatives communément admises » ; il n'est pas conforme à l'intérêt des enfants de « subir l'influence du responsable de la secte qui paraît avoir subjugué leur mère ».

¹⁰⁶⁹ Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01, § 42, *Dr. fam.*, 2004, n° 2, com. B. DE LAMY.

¹⁰⁷⁰ CA Nîmes, 14 janv. 1998, décision citée par la Cour EDH dans la décision *Palau-Martinez*, préc. La Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ; Cass. Civ. 2^e, 13 juil. 2000, n° 98-13673, *Jurisdata* n° 2000-002959, *RTD civ.* 2000, p. 822, obs. J. HAUSER : « l'arrêt relève que le [père] n'a pas ramené ses enfants au domicile

La Cour EDH, saisie de l'affaire, avait condamné l'appréciation *in abstracto* opérée par les juges français qui n'avaient pas établi de « lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel »¹⁰⁷¹. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant, si elle relève effectivement du pouvoir d'appréciation des juges, permet en réalité d'introduire dans le raisonnement judiciaire des éléments se rattachant aux convictions religieuses (en tant que croyances individuelles) mais pas ceux qui font référence à un mouvement religieux en tant que tel¹⁰⁷². En outre, on retrouve certaines appréciations judiciaires de l'intérêt de l'enfant prenant la forme de lignes directrices opposant la liberté *individuelle* de conscience à l'harmonie des principes éducatifs transmis aux enfants :

« Attendu que la liberté de conscience et de culte concerne chacun à l'égard de lui-même et non des tiers, serait-ce ses enfants ;

Que ceux-ci doivent être élevés dans le cadre de valeurs communes aux deux parents et, en cas de désaccord, comme en l'espèce, l'intérêt de l'enfant commande l'abstention et non le cumul de deux principes éducatifs s'ils sont diamétralement opposés, l'éducation ayant pour objet de définir des règles, lesquelles doivent être claires et non contradictoires, pour permettre à l'enfant de construire sa personnalité »¹⁰⁷³.

195. Les standards du « danger »¹⁰⁷⁴ et de la « gravité » dans l'assistance éducative. Ces deux standards conditionnent la compétence du juge des enfants en matière d'assistance éducative. L'article 375 du Code civil dispose que :

de leur mère à la fin des vacances pour les soustraire à l'influence de celle-ci et de son entourage qui les contraignaient à pratiquer la "religion" des Témoins de Jéhovah ; que de nombreux témoignages font état du désir exprimé par les enfants de ne pas retourner vivre auprès de leur mère ; qu'un psychiatre, qui les a examinés à la demande de leur père, atteste que Christophe vit les interdits de sa mère comme douloureux et frustrants et que Michaël souffre des contraintes qui lui sont imposées ; que [le père] ne conteste pas les qualités maternelles de [la mère] et se borne à critiquer l'éducation dont les enfants sont l'objet en raison des convictions de celle-ci ; qu'il convient, dans l'intérêt des deux garçons, de ne pas les soumettre aux règles éducatives dures et intolérantes imposées aux enfants des adeptes des Témoins de Jéhovah ; qu'il n'y a pas lieu de faire procéder à une enquête sociale qui, en l'état, ne pourrait que perturber les enfants ».

¹⁰⁷¹ Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01, § 42, *Dr. fam.*, 2004, n° 2, com. B. DE LAMY.

¹⁰⁷² V. B. DE LAMY, « Pratique religieuse d'un parent et détermination de la résidence d'enfants mineurs », *Dr. fam.*, 2004, n° 2, com. 30, p. 37, note sous Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01. V. également CA Montpellier, 29 juin 1992, *Jurisdata* n° 034435, *Gaz. Pal.* 1993. Jour. 547, note A. GARAY et P. GONI : « le juge doit non procéder par voie d'affirmation générale, mais rechercher si dans le cas d'espèce les activités des père et mère au sein d'une Église, d'une secte, d'un parti politique ou de tout groupement ou association à finalité religieuse, culturelle, politique, philosophique, culturelle ou autre, présentent des avantages ou des inconvénients au regard de l'intérêt des enfants. Il appartiendra à chacun des parents dans le cas d'une autorité parentale conjointe de faire preuve de l'absence de sectarisme qu'ils professent l'un et l'autre et de donner chacun à leurs enfants une éducation religieuse compatible avec l'éducation reçue de l'autre, en sachant qu'un excès ou une manifestation d'intolérance pourrait conduire, s'il est le fait du père à un changement de résidence des enfants, s'il est le fait de la mère, à des restrictions dans l'exercice de son droit de visite et d'hébergement ».

¹⁰⁷³ CA Montpellier, 27 nov. 2007, *Jurisdata* n° 2007-353594 (nous soulignons).

¹⁰⁷⁴ Pour une étude pertinente sur ce point, v. C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III] ; v. également M. EGLIN, « La protection des enfants face à la liberté

« Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. [...] Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel »¹⁰⁷⁵.

En ce qui concerne le danger, faute de liste légalement préétablie, il incombe aux juridictions de déterminer « l'existence d'un état de danger, condition nécessaire pour que, selon l'article 375 du Code civil, puissent être ordonnées des mesures d'assistance éducative »¹⁰⁷⁶. Cet état de danger, souligne la Cour de Cassation, « doit être apprécié par le juge en fonction des circonstances de la cause [...] par une appréciation souveraine des éléments de fait de l'espèce et en se fondant [...] sur les conditions de vie des enfants dans le milieu où ils vivent [...] »¹⁰⁷⁷. De surcroît, la jurisprudence exige du danger qu'il soit actuel et immédiat¹⁰⁷⁸, excluant de ce fait le *risque* de danger¹⁰⁷⁹. Ce standard a notamment été utilisé par la jurisprudence pour appréhender les problématiques religieuses dans le contentieux des « sectes »¹⁰⁸⁰. Par exemple, on a pu considérer que le danger pour la sécurité, la santé ou la moralité du mineur est caractérisé par le fait pour des parents, au nom de leur foi, « d'abandonner à une secte indienne leur devoir éducatif sans limitation de durée et dans un lieu situé à plusieurs milliers de kilomètres »¹⁰⁸¹. Comme pour le standard de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁸², les juridictions font prévaloir le conséquentialisme de faits afin de ca-

religieuse des parents, notamment dans le cas d'appartenance sectaire des parents », *Enfances & Psy*, 2009/3, n° 44, p. 130.

¹⁰⁷⁵ Art. 375 CCiv. La Cour EDH s'est d'ailleurs prononcé sur l'éventuelle imprécision de cet article compte tenu du large pouvoir d'appréciation qu'il octroie aux juges. Elle a conclu que les dispositions de l'article 375 du Code civil français répondent aux exigences de légalité issues de l'article 8 de la Convention EDH : Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, req. n° 35109/02, § 65.

¹⁰⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1990, n° 87-05074. V. également J. COUARD, « La responsabilité éducative et religieuse des acteurs familiaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, sous la dir. de E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI et C. SIFFREIN-BLANC, PUAM, 2013, p. 191.

¹⁰⁷⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1990, préc. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juges du fond justifient suffisamment l'existence d'un danger, et censure les arrêts aux motifs hypothétiques (v. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n° 11-26790).

¹⁰⁷⁸ Cass. Ass. Plén., 23 juin 1972, n° 70-80004. La Cour de cassation a par ailleurs précisé que l'évaluation du danger doit avoir lieu au jour où la Cour statue, ce afin de prendre en compte « l'évolution subséquente de la situation de l'enfant et de ses parents » : Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-68141.

¹⁰⁷⁹ « il y a risque de danger lorsque toute appréciation est actuellement impossible quant aux chances de réalisation du dommage, à son individualisation sur sa personne », M. HENRY, *Les jeunes en danger : le champ d'application de l'assistance éducative*, Vauresson, CFRES, 1972, p. 139, n° 45.

¹⁰⁸⁰ On rappellera que la « secte » ne constitue pas en droit français une catégorie juridique, de même que le principe de laïcité interdit d'en élaborer une définition juridique. Sur ce point, v. A. GEST et J. GUYARD, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, Assemblée Nationale, 1995, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r2468.asp#ici>> ; M.-R. RENARD, « Le régime juridique de la liberté religieuse », *JCP G*, 1998, n° II, p. 10025, note sous CA Lyon, 28 juil. 1997, *Jurisdata* n° 1997-045013. Pour un parallèle avec le phénomène contemporain de « radicalisation », v. C. WURTZ, *op. cit.*, p. 39s..

¹⁰⁸¹ CA Rennes, 18 févr. 1993, *JCP G* 1994.II.22210, note J.-Y. CHEVALLIER ; *Journ. dr. jeunes*, n° 130, déc. 1993, p. 41, note G. RAYMOND.

¹⁰⁸² V. *supra*.

racteriser le danger. L'appréciation générale de l'idéologie et des pratiques d'un mouvement religieux ne constitue pas en soi un danger :

« [E]n France, la liberté religieuse est totale. Eu égard au fait que le mouvement des Témoins de Jéhovah ne fasse l'objet d'aucune restriction légale tant en France que dans les autres États de droit, l'appartenance à cette secte et la pratique de ses préceptes, si elles peuvent être de nature à créer des difficultés à l'intérieur d'un couple, quand les époux ne partagent pas la même idéologie religieuse, en revanche ne sont pas un danger ou même un risque moral pour l'enfant. En effet, les conseils donnés par la secte, quant à l'éducation des enfants, se rapportant à la morale traditionnelle, à l'effort personnel et à l'élévation spirituelle, ces règles ne sont pas contraires à la bonne éducation. De plus, l'éducation d'un enfant s'étend à l'éducation religieuse et l'on ne saurait reprocher à l'un des parents de faire partager sa foi ou sa vision du monde dans une atmosphère de libre pensée, en vertu de la liberté de conscience et de culte, tant que la pratique de cette religion ou de cette idéologie n'est pas contraire à l'ordre public ou ne dégénère pas en abus, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »¹⁰⁸³.

Cette position vaut pour les mouvements religieux moins connus en France :

« [S]i les idées défendues par [la religion Saaja Yoya] ne présentent pas, en soi, de danger pour la santé et la moralité des enfants, il en résulte cependant un effacement de la famille qui est en contradiction avec le droit civil français et la charte des droits de l'enfant, et qui a conduit à la scolarisation pendant quelques mois de [l'enfant] en Inde sans que les parents se soient inquiétés de façon suffisante des conditions sanitaires et éducatives proposées et de la possibilité de maintenir des liens affectifs réels avec leur fils »¹⁰⁸⁴.

196. En outre, si le danger n'est pas caractérisé il peut être relayé par le standard de la gravité figurant également à l'article 375 du Code civil. Il en résulte que « même en l'absence de danger physique le juge des enfants peut être appelé à statuer lorsque les conditions éducatives d'un enfant sont gravement compromises »¹⁰⁸⁵. La mise en œuvre de ce standard peut poser davantage de

¹⁰⁸³ CA Toulouse, 27 nov. 1995, *Jurisdata* n° 1995-051516 (nous soulignons). *Contra*, v. CA Nancy, 15 déc. 1989, *Jurisdata* n° 1989-049809 (le père n'offre pas « les conditions idéales pour l'exercice de l'autorité parentale, en raison d'une activité professionnelle absorbante, de troubles du comportement, et de son appartenance à la secte des Témoins de Jéhovah, qui laisse présager une éducation très rigide pour les enfants, dans une religion qui n'était pas à l'origine celle choisie par le couple », citation issue du résumé *Jurisdata*) ; CA Rennes, 28 juin 1991, *Jurisdata* n° 1991-048130 (« le père, artisan chef d'entreprise et de surcroît adepte des Témoins de Jéhovah, ne dispose pas du temps nécessaire pour s'occuper de l'enfant, que certains aspects de cette doctrine religieuse entravent l'épanouissement et la liberté future de l'enfant », citation issue du résumé *Jurisdata*).

¹⁰⁸⁴ CA Rennes, 9 avr. 1993, *Jurisdata* n° 044713, JCP G, 1994.IV.43 (nous soulignons); en l'espèce, la mesure d'AEMO avait été rejetée mais la résidence des enfants avait été fixée de manière permanente chez les parents et assortie d'une obligation de scolarisation dans un établissement en France.

¹⁰⁸⁵ CA Versailles, 21 déc. 1989, *Jurisdata* n° 1989-051830. En l'espèce, la Cour d'appel avait considéré que la preuve que les enfants étaient en danger physique chez leurs parents n'était pas rapportée, « même s'il résult[ait] des attestations de nombreux transfuges du mouvement religieux [...] que les enfants séjourn[ai]ent trop souvent et trop longtemps dans les locaux de cette collectivité et y [étaient] soumis à un régime trop sévère de punitions corporelles ». Dans cette affaire, les parents étaient des adeptes de l'Église chrétienne biblique « La Citadelle ». Pour une affaire similaire élevée jusque devant la Cour EDH, v. Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, req. n° 35109/02. En ce qui concerne la mise en œuvre du standard de « gravité », on notera que la Cour de cassation opère un contrôle de la motivation des décisions du fond sur sa caractérisation, v. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 15 oct. 1991, n° 90-05042, *Jurisdata* n° 1991-002809.

problèmes au regard des convictions religieuses dès lors que le droit à l'éducation religieuse des parents est un droit fondamental garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. La balance est d'autant plus complexe à équilibrer que le juge doit se garder d'imposer sa propre conception de l'éducation aux parents concernés, que leurs convictions religieuses soient impliquées ou non¹⁰⁸⁶. En l'occurrence, il a été jugé qu'une mesure d'AEMO¹⁰⁸⁷ pouvait se justifier dès lors que, d'une part, la collectivité religieuse dont les parents sont adeptes conduisait à « supprimer toute vie familiale et sociale autre que celle du groupe religieux, et à remplacer dans la plupart des cas l'enseignement scolaire normal des enfants par de simples cours par correspondance » ; et que, d'autre part, « les enfants étaient apeurés et anxieux lorsqu'ils étaient soumis par leurs parents au contrôle éducatif très autoritaire »¹⁰⁸⁸ des dirigeants de cette collectivité religieuse.

197. Le standard de la « gravité » dans le droit de visite et d'hébergement. Le standard de la « gravité » se retrouve également dans l'article 373-2-1 du Code civil, et spécifiquement en son alinéa 2 rédigé en les termes suivants :

« L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves »¹⁰⁸⁹.

Le domaine étant différent – puisque relatif aux droits de visite et d'hébergement des parents séparés –, la signification de l'outil n'est logiquement pas la même que dans l'assistance éducative. Le recours à ce standard se justifie au regard du droit européen des droits de l'homme qui inclut dans l'étendue des droits garantis par l'article 8 de la Convention EDH celui pour le parent de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui¹⁰⁹⁰. En outre, il incombe aux autorités nationales, même dans l'hypothèse d'un manque de coopération entre des parents séparés, de « mettre en œuvre tous les moyens susceptibles de permettre le maintien du lien familial »¹⁰⁹¹. En conséquence, les restrictions à l'exercice du droit de visite et d'hébergement doivent nécessaire-

¹⁰⁸⁶ La jurisprudence se réfère souvent à l'existence d'un cadre éducatif, v. par exemple CA Amiens, 15 juil. 2014, n° 14/00085 ; CA Limoges, 5 mai 2014, n° 13/00169 ; CA Amiens, 23 oct. 2008, *Jurisdata* n° 2008-003198 ; CA Lyon, 5 mars 2013, *Jurisdata* n° 2013-013912. De surcroît, la Cour EDH admet la nécessité du placement de l'enfant si elle est conforme à son intérêt supérieur, tout en précisant que « le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques » : Cour EDH, *Havelka et autres c. République Tchèque*, 21 juin 2007, req. n° 23499/06, § 56 ; Cour EDH, *Wallová et Walla c. République Tchèque*, 26 oct. 2006, req. n° 23848/04, § 71 ; Cour EDH, *Amanalachbioai c. Roumanie*, 26 mai 2009, req. n° 4023/04, § 86.

¹⁰⁸⁷ Assistance éducative en milieu ouvert.

¹⁰⁸⁸ CA Versailles, 21 déc. 1989, *Jurisdata* n° 1989-051830.

¹⁰⁸⁹ Art. 371-2-1 al. 2 CCiv.

¹⁰⁹⁰ Cour EDH, *Fourchon c. France*, 28 juin 2005, req. n° 60145/00, § 25 : « Selon la jurisprudence constante des organes de la Convention, la vie familiale des parents avec leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce, et l'article 8 précité inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui ».

¹⁰⁹¹ Cour EDH, *Bergmann c. République Tchèque*, 27 oct. 2011, req. n° 8857/08, § 62.

ment être prononcées au terme d'une évaluation *in concreto* et en l'occurrence en cas de « motifs graves » appréciés à la date à laquelle le juge statue¹⁰⁹². Les juridictions ont ainsi pu considérer qu'un tel motif grave pouvait résider dans le fait pour un père d'avoir imposé la circoncision à ses jeunes enfants « dans des conditions menaçant leur équilibre » si bien que la mère pouvait « craindre non sans raisons que l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne soit l'occasion de soustraire les enfants à [son] autorité »¹⁰⁹³.

198. Le standard de « l'intérêt légitime » au changement de prénom. Jusqu'à loi du 18 novembre 2016¹⁰⁹⁴, l'ancien article 60 du Code civil exigeait de toute personne demandant à changer de prénom de justifier d'un intérêt légitime. Il incombait alors au requérant de solidairement démontrer son intérêt légitime au changement de prénom. En raison de l'exigence – standard oblige – d'apprécier l'intérêt légitime au regard des circonstances de l'affaire et non par référence à des motifs d'ordre général¹⁰⁹⁵, le contentieux impliquant une dimension religieuse était aussi abondant qu'irrégulier¹⁰⁹⁶. Le conséquentialisme de fait se fraie une nouvelle fois un passage nécessaire dans l'appréciation de ce standard. Il a ainsi été jugé que l'intérêt légitime au changement de prénom n'était pas démontré dès lors que la conservation du prénom d'origine n'interdisait pas au requérant de pratiquer sa religion¹⁰⁹⁷, étant entendu que la conversion religieuse ne constitue pas, en soi, un intérêt légitime¹⁰⁹⁸. En outre, ne reposait pas sur un intérêt légitime la demande d'une requérante qui ne démontrait pas que « l'usage de son prénom français

¹⁰⁹² Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13/27983, *AJ fam.* 2015.162, obs. THOURET; *Dr. fam.* 2015, n° 71, obs. NEIRINCK.

¹⁰⁹³ Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, n° 92/10838, *D.* 1995.226, note C. CHOAIN.

¹⁰⁹⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2003, n° 00-20961, *Jurisdata* n° 2003-017767. Dans cette affaire, les parents avaient donné à l'enfant les prénoms Rachel, d'origine hébraïque, et Myriam, d'origine musulmane. Revenant sur leur décision, ils avaient saisi peu de temps après la naissance de l'enfant le juge aux affaires familiales d'une requête en suppression du premier prénom. Ils avançaient que celui-ci constituait un obstacle à l'éducation religieuse de l'enfant et à son intégration future dans la communauté musulmane. La Cour d'appel de Bordeaux avait rejeté la requête au motif que le choix d'un prénom d'origine musulmane et d'un prénom judaïque prouvait l'esprit de tolérance qui avait animé les parents à la naissance de l'enfant et qu'il n'était pas établi que supprimer la preuve de cette tolérance fût de son intérêt. L'arrêt fut cassé pour défaut de base légale.

¹⁰⁹⁶ B. ANCEL, « L'état civil saisi par le religieux : la consécration juridique de l'intime ? », *JCP G*, 2015, n° 21, p. 966.

¹⁰⁹⁷ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2007, n° 05/20951, *Jurisdata* n° 2007-036957 (le port d'un prénom français n'interdit pas à la demanderesse de pratiquer sa religion hébraïque, ni de revenir à ses racines). Inversement : CA Rouen, 18 sept. 2008, n° 07/00195, *Jurisdata* n° 2008-003069 (intérêt légitime d'un requérant souhaitant changer pour un prénom musulman au motif que pour la pratique de sa religion, un musulman doit porter exclusivement un prénom musulman) ; CA Paris, 26 sept. 1996, *D.* 1996.241; *LPA* 1997.Jur n° 66.17, note YAMBA (intérêt légitime de la requérante qui soutenait que la coexistence d'un prénom hébraïque et d'un autre à connotation chrétienne lui causait des dommages tant psychologiques que d'identité religieuse. Pour la cour, la règle de droit civil peut s'appliquer en vue de lever des obstacles à l'expression du sentiment d'identité religieuse du croyant).

¹⁰⁹⁸ CA Dijon, 13 déc. 1989, *Gaz. Pal.* 1994.216 : « la conversion d'une personne de nationalité française à la religion islamique n'est pas constitutive d'un intérêt légitime au sens du texte précité, dès lors que le prénom de Noria évoque une origine maghrébine démentie par l'appartenance originelle de l'appelante à la communauté française dont elle n'a pas répudié la nationalité ».

l'ait coupé de sa famille » et qui n'invoquait que des motifs religieux « purement généraux »¹⁰⁹⁹. De même, un requérant ne démontre pas l'intérêt légitime de son enfant mineur à changer de prénom dès lors que « l'actuelle situation juridique ne crée aucune difficulté, tant familiale que scolaire ou administrative [et que par] ailleurs, la législation française, fondée sur une base laïque, n'interdit pas à [l'enfant] de manifester ses sentiments religieux par le port du prénom Abd al Rahman dans ses activités religieuses ainsi que lorsqu'il est en famille ou qu'il se rend en Algérie »¹¹⁰⁰.

199. Cette logique est désormais inversée depuis la loi sur la Justice du XXI^e siècle. Tout en conservant le standard de l'intérêt légitime au cœur du dispositif du changement de prénom, son appréciation revêt désormais un rôle subsidiaire. Le nouvel article 60 du Code civil dispose dorénavant que :

« [al. 1] Toute personne peut demander à changer de prénom. [al. 4] S'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République. Il en informe le demandeur. Si le procureur de la République s'oppose à ce changement, le demandeur, ou son représentant légal, peut alors saisir le juge aux affaires familiales »¹¹⁰¹.

La charge de la preuve est inversée et l'intérêt légitime au changement de prénom est présumé. En ce sens, il n'incombera plus au demandeur de prouver l'existence d'un tel intérêt légitime, mais à l'officier de l'état civil, au Procureur ou au Juge aux Affaires Familiales d'en prouver l'inexistence en cas de litige. Cette disposition, certainement plus neutre que l'ancienne, garantit le respect des choix individuels en ce qu'elle en évite l'appréciation systématique.

200. En somme, même nombreux, les standards textuels sont complétés par l'utilisation de standards jurisprudentiels (**B**) qui peuvent décupler les potentialités de prise en considération des convictions religieuses des parties en les reléguant dans la sphère du fait.

B. L'emploi de standards jurisprudentiels

¹⁰⁹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-10240, *Jurisdata* n° 2010-017654. Nous pourrions souligner presque ironiquement le paradoxe du rejet des motifs religieux purement généraux lorsqu'ils sont invoqués par une partie, tandis qu'il est arrivé que le juge se fonde sur de telles considérations... V. notamment CA Pau, 18 juil. 1996, *Jurisdata* n° 1996-049795 : Le demandeur ne rapporte pas d'intérêt légitime car « l'adhésion à la religion musulmane, comme d'ailleurs à toute religion, n'impose nullement l'abandon de son prénom d'origine », mais aussi car son prénom d'origine n'est pas de nature à perturber les relations familiales vu que son fils s'appelle Adam, « prénom dont aucune religion ne peut se réserver l'exclusivité ».

¹¹⁰⁰ CA Bordeaux, 3 juin 2014, n° 14-00033, *Jurisdata* n° 2014-012909.

¹¹⁰¹ C.Civ., art. 60 nouv. issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (nous soulignons).

201. Les standards jurisprudentiels sont de deux types : d'un côté, il peut s'agir de standards issus de l'interprétation jurisprudentielle d'un texte précis, de l'autre, il peut s'agir de standards dégagés par la jurisprudence dans l'interprétation de standards textuels – dans ce cas, on peut aussi parler de sous-standards. Leur étude conduit au constat suivant : en droit de la famille, beaucoup de ces sous-standards découlent de l'interprétation jurisprudentielle du standard de l'intérêt de l'enfant.

202. Le standard du « danger » et du « risque sérieux » dans l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés. En vertu de l'article 373-2-1 al. 1 du Code civil, le juge peut confier l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à l'un des deux parents *si l'intérêt de l'enfant* le commande. Partant, dans quels cas va-t-il de l'intérêt de l'enfant que de n'être soumis à l'autorité parentale que de l'un de ses deux parents ? La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme accorde effectivement une grande importance à la préservation du lien familial, la famille constituant « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier les enfants »¹¹⁰². Aussi, l'appréciation de ce standard textuel, par ailleurs subordonnée au pouvoir souverain des juges du fond¹¹⁰³, a-t-elle donné lieu à la mobilisation de sous-standards tels que celui du « danger » ou du « risque »¹¹⁰⁴. Lorsqu'un litige comporte un élément religieux, il semble en effet plus impartial pour un juge de déterminer qu'une pratique religieuse d'un parent peut avoir des conséquences dangereuses ou risquées sur l'enfant, plutôt que d'apprécier *in abstracto* que l'intérêt de l'enfant commande de ne pas être élevé auprès d'un parent en raison de sa pratique religieuse. Dans cette perspective, la Cour d'appel de Bastia a par exemple relevé plusieurs éléments allant à l'encontre de l'intérêt de l'enfant afin de confirmer un jugement de première instance qui attribuait l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à sa mère. On y trouve le « risque de manipulation » découlant du « danger majeur représenté par ceux qui adhèrent à de tels mouvements ou organisations [de type “sectaires”] [...] précisément de tout mettre en œuvre pour rallier à leur “cause” leurs proches ou leur famille »¹¹⁰⁵. Le recours au standard du « danger » vient ici alimenter le raisonnement *a contrario* de la Cour d'appel qui, en constatant l'existence d'un danger en déduit logiquement qu'il est de l'intérêt de

¹¹⁰² V. Cour EDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 6 déc. 2007, req. n° 39388/05, § 66, qui reprend le préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 nov. 1989.

¹¹⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, *Jurisdata* n° 2007-037462, *Dr. fam.* 2007. 103, note P. MURAT.

¹¹⁰⁴ Sur les comportements dangereux justifiant l'octroi de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, n° 08-11337 (comportement harcelant du père, mettant en danger l'équilibre psychique des enfants).

¹¹⁰⁵ CA Bastia, 3 juin 2009, *Jurisdata* n° 2009-007583 : en l'espèce, le père a appartenu plusieurs années durant à la secte du “Mandarom”, et adhère au jour du prononcé de l'arrêt au mouvement « Sokka Gakkai ».

l'enfant de l'en éloigner¹¹⁰⁶. Un raisonnement similaire avait conduit la Cour d'appel de Versailles à une conclusion inverse dès lors que la mère ne faisait pas état d'un *risque sérieux* que l'influence du courant intégriste reproché au père aurait fait peser sur l'enfant¹¹⁰⁷.

203. Le standard « néfaste » dans les modalités d'exercice de l'autorité parentale et dans le droit de visite et d'hébergement. Ce sous-standard découle lui aussi de l'interprétation jurisprudentielle du standard de l'intérêt de l'enfant. Si pendant longtemps les juridictions recherchaient surtout l'absence de conséquences néfastes de la pratique religieuse des parents sur l'enfant¹¹⁰⁸, la pratique jurisprudentielle récente fait une place à la liberté religieuse de ce dernier¹¹⁰⁹. Il a été admis que l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas et, au contraire, peut parfaitement justifier que les parents partagent avec lui leurs convictions religieuses à la double condition, d'une part de respecter la liberté religieuse de l'enfant, et d'autre part que son implication dans la pratique religieuse d'un parent ne lui soit pas nuisible¹¹¹⁰. L'appréciation conséquentialiste a conduit les juges à considérer, par exemple, qu'« au regard du temps très long consacré à la pratique religieuse lequel ampute d'autant les moments de complicité et d'échanges avec le père, au point de [...] rendre les rencontres particulièrement pénibles » pour l'enfant, le maintien de cette situation était de nature à nuire gravement à la relation père-enfant. Il en résulte qu'il était de l'intérêt de l'enfant de limiter les conséquences néfastes de la pratique religieuse de son parent et « de lui permettre de construire sa personnalité de manière harmonieuse et équilibrée, en bénéficiant d'un équilibre paternel et maternel et pour ce faire, d'entretenir avec chacun de ses parents des rela-

¹¹⁰⁶ Plus discutables sont les motifs par lesquels la Cour apprécie le standard du « danger », v. *infra*.

¹¹⁰⁷ CA Versailles, 11 déc. 2014, n° 13/09016, *Jurisdata* n° 2014-032221.

¹¹⁰⁸ V. notamment l'affaire de la mineure de Versailles : TGI Versailles, 24 sept. 1962 ; CA Paris, 31 janv. 1963 ; Civ. 1^{ère}, 7 avr. 1965, n° 63-80001. V. également, CA Bordeaux, 13 août 1991, *Jurisdata* n° 1991-044329 (la référence au standard « néfaste » n'est pas expresse mais tout le raisonnement tend à vérifier effectivement les conséquences du comportement de la mère sur l'enfant) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2002, n° 99-19954 ; CA Reims, 27 juin 2002, n° 01/01595 (« Le seul fait pour un parent d'être membre de l'Église Adventiste du septième Jour n'est pas un motif suffisant pour affirmer que cela aurait des conséquences néfastes pour l'avenir des enfants et pour justifier de modifier la résidence habituelle des enfants, faute de preuve de l'existence d'un danger objectif et dans la mesure où cette Église est présentée par de nombreux auteurs comme une religion dans la légalité, d'essence profondément chrétienne et en conformité dans notre régime de laïcité de l'État, avec les lois de la République »). V. également Cour EDH, *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n° 12875/87, et tout particulièrement les opinions dissidentes sous l'arrêt en question.

¹¹⁰⁹ V. J. COUARD, « La responsabilité éducative et religieuse des acteurs familiaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, sous la dir. de E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI et C. SIFFREIN-BLANC, PUAM, 2013, p. 191.

¹¹¹⁰ CA Paris, 26 sept. 2013, *Jurisdata* n° 2013-020973. En l'espèce, un premier juge avait d'abord interdit au père de faire participer l'enfant, alors âgé de quatre ans, au culte des Témoins de Jéhovah avant de supprimer cette interdiction quelques temps plus tard. La mère, qui interjeta appel, s'opposait à cette participation. Pour la Cour d'appel, « si l'intérêt de l'enfant peut parfaitement justifier, lorsque chacun des parents ne professe pas les mêmes convictions religieuses, morales ou philosophiques, que celui-ci puisse se voir offrir la possibilité de connaître ces différentes convictions, c'est à la double condition qu'il ne soit pas fait obstacle au droit de l'enfant de disposer de sa liberté de pensée, de conscience et de religion ainsi que le prévoit l'article 14 de la Convention de New York du 20 novembre 1989, relative aux droits de l'enfant et de ce que, l'implication de l'enfant dans la pratique religieuse d'un parent ne lui soit pas nuisible, que ce soit dans l'immédiat ou à plus long terme » (nous soulignons).

tions enrichissantes et sereines quelle que soit la nature et la ferveur de leurs convictions religieuses respectives »¹¹¹¹. De même, le standard des conséquences « néfastes » peut se combiner à l'article 14 de la CIDE en ce que s'opposer à la volonté de choix des enfants refusant de partager les pratiques culturelles de leur parent « conduit à nier leur individualité et peut entraîner des conséquences néfastes sur leur évolution psychologique »¹¹¹².

204. Le standard du « déterminant » en matière de mesures provisoires relatives au droit de visite et d'hébergement. Lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale post-séparation, et en particulier lorsqu'il fixe des mesures provisoires, le juge a l'obligation en vertu de l'article 254 du Code civil de prendre en considération les accords éventuels des époux¹¹¹³. Bien que la modification d'une mesure provisoire puisse toujours être demandée, même en appel¹¹¹⁴, en cas de survenance d'un fait nouveau¹¹¹⁵, la Cour d'appel de Paris a récemment exigé de la partie prétendant à la remise en cause de l'accord de faire état d'un motif déterminant¹¹¹⁶. Dans l'appréciation de ce standard, les juges ont considéré que le père qui invoquait son souhait de passer les fêtes juives avec ses enfants au Maroc chez ses parents ne faisait pas état d'un tel motif¹¹¹⁷. Une nouvelle fois, un standard juridique est employé pour appréhender les convictions religieuses du parent sans qu'elles n'apparaissent comme un élément déterminant de la décision.

*

*

*

¹¹¹¹ CA Paris, 26 sept. 2013, *Jurisdata* n° 2013-020973.

¹¹¹² CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2004, n° 02-09121, *Jurisdata* n° 2004-237281 ; C. STRUGALA, « Le juge et l'enfant face au choix religieux des parents », *Bull. Aix*, 2006-1, p. 32 (voir p. 41).

¹¹¹³ V. également CPC art. 1117 : « Lorsqu'il ordonne des mesures provisoires, le juge peut prendre en considération les arrangements que les époux ont déjà conclus entre eux ».

¹¹¹⁴ CPC, art. 1119 ; v. également Cass. Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Gaz. Pal.* 22-23 juil. 2005, 13, obs. MASSIP. Sur la compétence de la Cour d'appel pour statuer sur la révision des mesures provisoires, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 2005, n° 04-10-2005.

¹¹¹⁵ CPC art. 1118 ; Civ. 2^e, 11 févr. 1981, *Bull. civ.* II, n° 32 ; *Gaz. Pal.* 1981. 1. 372, note VIATTE.

¹¹¹⁶ V. CA Paris, 11 févr. 2016, n° 15/14985, *Jurisdata* n° 2016-002137, *Dr. fam.* 2016, n° 4, obs. C. DELMAS.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

205. Évincer, mais prendre en compte. Soucieux de protéger la liberté religieuse des justiciables tout en conduisant un raisonnement le plus neutre possible, les juges judiciaires ont élaboré une technique silencieuse de prise en compte des convictions religieuses individuelles. Cette appréhension est le fruit d'épistémologies dominantes dans la culture juridique française qui, en raison d'une compréhension particulière de l'universel et de l'égalité entre les citoyens, placent une distance prudente entre le religieux et la justice pour ne pas que, sous couvert de protection de la liberté de religion, le juge se fasse le bras séculier des Églises. La stratégie développée par les juridictions judiciaires pour y parvenir a pris la forme d'une méthodologie d'éviction des convictions religieuses : il s'agit de s'assurer qu'elles ne semblent produire aucun effet juridique, c'est-à-dire que rien dans le raisonnement ne doit laisser croire que le juge a tiré des conséquences juridiques d'une conviction (ou d'une appartenance) religieuse. Ainsi les convictions religieuses ont-elles été cantonnées au rang de « fait » dans le raisonnement juridique. Leur prise en compte passe donc par des mécanismes dérivés. Les précédents développements ont montré que, pour ce faire, les juridictions judiciaires ont recours à des outils particuliers du raisonnement juridique : les standards. La profusion de ces notions floues en droit français a accompagné à merveille la prise en compte indirecte et silencieuse des convictions religieuses des justiciables par les juges judiciaires, particulièrement en droit de la famille. Ces outils se développent d'ailleurs dans de nombreuses branches du droit et n'ont bien évidemment pas été créés spécialement pour appréhender le religieux. C'est peut-être pour cette raison qu'ils ne s'intègrent que dans une technique imparfaite de prise en compte des convictions religieuses, objets de protection de la liberté de religion, dans le raisonnement judiciaire (**Chapitre 2**).

206. Limites. L'étude de la jurisprudence judiciaire impliquant les convictions religieuses du justiciable a bien montré le souhait des tribunaux de protéger la liberté religieuse tout en préservant la neutralité de la décision rendue. Nous constatons que tant la technique, majoritairement employée, d'éviction des convictions religieuses du raisonnement (**Section 2**) que la méthode suivie par les juridictions pour ce faire (**Section 1**) présentent un certain nombre de limites inhérentes aux outils employés ainsi qu'aux principes d'égalité et de liberté.

SECTION 1 – UNE METHODE CONTRASTEE

207. Les standards juridiques au cœur du problème méthodologique. Ainsi que nous l'avons remarqué précédemment, les standards juridiques constituent des outils privilégiés du raisonnement juridique lorsqu'il s'agit de se saisir du religieux. Par leur biais, les juridictions judiciaires prennent ainsi en compte de façon silencieuse les convictions religieuses des justiciables. La neutralité religieuse du raisonnement et de la décision finale y est protégée derrière une indifférence juridique de façade. Pourtant, s'ils constituent à ce titre des outils prometteurs du raisonnement (I), les standards juridiques font l'objet d'une utilisation problématique de la part des tribunaux (II), ce qui contribue à déprécier, voire à discréditer, l'opportunité de leur emploi.

I. LES ENJEUX INHERENTS A L'EMPLOI DE STANDARDS JURIDIQUES

« C'est parce que le droit régit une infinie diversité de situations humaines et sociales concrètes, et non des abstractions, que le raisonnement juridique ne peut et ne doit pas avoir l'universalité et la rigueur du raisonnement mathématique »¹¹¹⁸.

208. Parce qu'ils sont une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination de celle-ci, les standards juridiques présentent deux avantages non-négligeables dans l'appréhension du religieux : leur flexibilité et leur apparence neutre (A). D'ailleurs, la notion de standard est même « nécessaire au législateur qui ne doit pas trop et qui parfois ne peut verser dans le détail »¹¹¹⁹. Elle est aussi « nécessaire au juge qui se soucie de rendre, dans le silence des textes, acceptables ses décisions et qui, à cette fin, se trouve dans l'obligation de les doter d'une suffisante force de persuasion et d'une légitimité que seuls l'effort vers la généralisation et le refus de l'impressionnisme peuvent leur donner. Nécessaire au juge encore en ce qu'elle lui laisse tout de même une certaine latitude d'action. Elle est nécessaire enfin au droit tout entier auquel elle fournit les instruments du plus élémentaire réalisme »¹¹²⁰. Mais parce qu'ils impliquent une référence en termes de comportement-type, les standards supposent aussi une certaine ouverture du raisonnement judiciaire (B).

¹¹¹⁸ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 143.

¹¹¹⁹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 61.

¹¹²⁰ *Idem.*

A. Des garanties d'adaptabilité et de flexibilité du droit

209. L'adaptabilité du droit. Les standards juridiques, par leur flexibilité, intègrent dans le raisonnement juridique des éléments d'indétermination qui assurent la mise en œuvre efficace et adaptative de la règle de droit. Parce que chaque standard juridique dispose d'un contenu variable¹¹²¹, c'est-à-dire d'un contenu qui n'est pas *ab initio* précisément déterminé par la loi, leur mise en œuvre se traduit par une grande flexibilité. Cette flexibilité n'est pourtant ni antonyme de rigueur¹¹²², ni synonyme de cacophonie jurisprudentielle ; elle est davantage une garantie de l'adaptabilité des règles légales à chaque situation de fait¹¹²³. Ainsi, les standards juridiques assurent-ils l'efficacité d'une règle de droit apte à embrasser l'infinie diversité des situations et l'adaptabilité d'un droit qui ne serait pas en autarcie mais en lien avec les faits sociaux.

210. Ne pas fixer légalement de norme de comportement détaillée confère en outre aux juges judiciaires un pouvoir d'interprétation et d'adaptation des lois. On peut également y voir une délégation législative à l'autonomie personnelle des individus chargés de respecter la norme globale de comportement fixée par la loi. Par exemple, la référence à l'homme raisonnable en droit des contrats ou en droit de la famille confère à chacun la charge de se comporter en ce qu'il considère comme étant une personne raisonnable¹¹²⁴. Le contrôle judiciaire n'interviendra qu'*a posteriori* en cas de différend. Néanmoins, la teneur de ce contrôle est susceptible de varier en raison du pouvoir d'interprétation conféré aux juges. L'homme raisonnable ne sera sans-doute pas la même personne selon les époques, selon les lieux ou encore selon les situations. En somme, parce que « l'interprétation est la forme intellectuelle de désobéissance »¹¹²⁵, les standards juridiques semblent permettre de « faire entrer les paillettes du fait que l'on choisit dans les facettes du droit que l'on préfère »¹¹²⁶ et « de réaliser, sans difficulté ni artifice, les changements, les évolutions nécessaires »¹¹²⁷. En ce qui concerne les convictions religieuses, l'utilisation des standards juridiques

¹¹²¹ J. CARBONNIER, *Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 1 éd., PUF, 2004, vol. 1, p. 8, n° 20.

¹¹²² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2016, p. 117 : « La rigueur n'est pas la rigidité ».

¹¹²³ V. notamment N. MAC CORMICK pour qui les décisions judiciaires sont aux prises avec le *monde réel* tandis que les règles de droit, normatives, prescrivent un modèle de comportement et ordonnent des conséquences qui doivent suivre de certaines circonstances ; N. MAC CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par J. GAGEY, PUF, 1996, p. 121.

¹¹²⁴ On pourrait mentionner en ce sens la théorie de l'abus de droit ; v. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15 éd., LGDJ, 2016, p. 414, n° 540 pour qui la marge de manœuvre dont disposent les tribunaux pour apprécier l'abus de droit produit, certes un pronostic incertain, mais aussi un « effet salutaire, en incitant les citoyens prudents à faire de leurs droits un usage "civilisé" c'est-à-dire modéré et non extrême ou rigide à l'excès ».

¹¹²⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 303, n° 158.

¹¹²⁶ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13 éd., Montchrestien, 2007, p. 108, n° 195.

¹¹²⁷ J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », *Recueil Lambert*, 1938, t. 1, p. 421.

permet également aux juges de les faire entrer dans le raisonnement judiciaire tout en en préservant la neutralité d'apparence

211. La préservation de l'apparence neutre de la décision. Parce que les standards permettent de prendre en considération les convictions religieuses de manière dérivée, en les dissimulant derrière les faits qu'ils imposent de prendre en considération, ils participent à la préservation de la neutralité d'apparence du raisonnement judiciaire à l'égard du religieux. Affirmer que les standards juridiques constituent un outil adéquat à cet effet requiert alors de préciser au préalable ce que l'on entend par l'expression *neutralité d'apparence*. En tant que service public, la justice est soumise à l'obligation de neutralité pesant sur l'État. Celle-ci est consacrée aux côtés de la liberté de religion et du pluralisme comme constituant le triptyque laïque, rappelé par le Conseil d'État dans son rapport de 2004. Longtemps assimilée à la laïcité¹¹²⁸, la neutralité s'impose au service public de la justice sous la forme d'une neutralité axiologique et d'une neutralité d'apparence. À partir de 1904, cette dernière s'est manifestée par le retrait des crucifix dans les palais de justice¹¹²⁹, par l'abolition de l'obligation de jurer devant Dieu¹¹³⁰, par l'apparence neutre des bâtiments publics¹¹³¹, par le retrait de la dimension sacramentelle du serment des magistrats¹¹³², mais aussi par un raisonnement juridique appliquant et représentant la primauté de l'ordre juridique civil sur l'ordre juridique religieux¹¹³³. Autrement dit, les décisions de justice ne sauraient laisser entendre qu'un élément religieux a produit des effets de droit. Au surplus de l'impartialité judi-

¹¹²⁸ On ne peut que regretter l'actualité politique qui tend à assimiler neutralité des *citoyens* et laïcité, et craindre que cette dernière ne soit instrumentalisée, voire retournée en étendard d'une neutralité généralisée ou d'une lutte contre le « fanatisme terroriste ».

¹¹²⁹ Circulaire ministérielle du 1^{er} avril 1904 prescrivant la laïcisation des prétoires. V. J. LALOUETTE, *La Libre-pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001 ; X. DARCOS, *L'État et les Églises, La question laïque*, Odile Jacob, 2006, p. 234.

¹¹³⁰ Art. 312 du Code de l'instruction criminelle (1808) : « Le président adressera aux jurés debout et découverts le discours suivant : “Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes, d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N. ; [...] ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection : de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre.” Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main : “Je le jure” ; à peine de nullité ». Il eu fallu attendre la loi n° 72-1226 du 29 déc. 1972 « simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution » pour que le serment soit modifié en la forme suivante : « Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse [...] » (art. 304). V. notamment J. LALOUETTE, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, 2013/4, n° 162, p. 45.

¹¹³¹ Loi du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, art. 28 : « Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions ».

¹¹³² L'article 19 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle supprime le mot « religieusement » de l'article L251-1 du Code de l'organisation judiciaire. Le texte dispose désormais : « Avant d'entrer en fonctions, les assesseurs titulaires et suppléants prêtent serment devant le tribunal de grande instance de bien et fidèlement remplir leurs fonctions et de garder le secret des délibérations ». Sur la laïcisation du serment, v. J. LALOUETTE, *op. cit.*

¹¹³³ L'application de la règle civile ne pouvant jamais être subsidiaire en droit français, v. C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 523, n° 786.

ciaire qu'exige la neutralité axiologique, le raisonnement judiciaire doit *sembler détaché* des convictions religieuses.

212. Dans quelle mesure les standards juridiques assurent-ils la préservation de cette neutralité d'apparence ? En réalité, combinés au conséquentialisme de fait¹¹³⁴, leur contenu souple permet d'intégrer l'appréhension des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire en les reléguant au stade de *fait*. Cet élément pourra ensuite contribuer à qualifier juridiquement la situation étudiée derrière le standard choisi. En cela, l'élément religieux ne semble avoir aucune portée juridique : les conséquences juridiques appliquées par le juge sont celles issues du standard et non pas de cet élément religieux. Celui-ci devient un élément constitutif d'un faisceau d'indices contribuant à qualifier juridiquement la situation étudiée sous l'angle du standard juridique en question¹¹³⁵. Néanmoins, leur utilisation par les juges judiciaires génère un certain nombre de retombées sur la technique juridique, qui tiennent à la nature même de cet outil ainsi qu'à sa flexibilité **(B)**.

B. Un référentiel centré sur la normalité

213. Du second aspect de la définition du standard juridique – sa référence au comportement-type – découle une ouverture du raisonnement judiciaire à des valeurs non juridiques **(1)** ainsi qu'à la pluridisciplinarité **(2)**.

1. L'ouverture à des valeurs non juridiques

214. Standards et morale. Les standards juridiques ont la particularité de combiner contenu souple et comportement-type. Ce dernier élément se fonde sur une certaine conception de la normalité du comportement auquel il fait référence : les standards juridiques se borneraient à « donner en termes généraux, la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale », laissant « au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière »¹¹³⁶. La caractérisation de cette échelle de normalité, qui permet la prise en compte de valeurs non juridiques, est susceptible d'impliquer un certain jugement moral sur les conduites humaines. Or, comme l'a souligné

¹¹³⁴ Sur le conséquentialisme de fait, v. *supra* n° 158.

¹¹³⁵ Sur la qualification juridique, v. *supra*. Pour A. SARIS, la présence de standards facilite la compénétration des ordres normatifs civils et religieux : leur interprétation facilite le procédé d'intégration de la normativité religieuse tout en garantissant l'apparence neutre des lois ; A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005], p. 551.

¹¹³⁶ A. AL-SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, M. Giard, 1925, p. 40.

Michel VIRALLY, si les valeurs juridiques ont pour fonction de gouverner le comportement, elles se sont affranchies de la morale avec la laïcisation du droit¹¹³⁷. Depuis lors, morale et droit ont des finalités différentes¹¹³⁸, et de fait les valeurs juridiques ont acquis une existence indépendante des valeurs morales. Sont ainsi constitutives de valeurs juridiques le mariage, la propriété privée, la vie humaine, la liberté, par exemple. On pourrait pourtant arguer que caractériser la normalité c'est aussi lier le droit et la morale¹¹³⁹. Ce lien transparait dans les décisions relatives aux pratiques sado-masochistes. Si celles-ci relèvent du libre-arbitre et de l'autonomie personnelle de l'individu, elles peuvent paraître immorales¹¹⁴⁰ mais également dangereuses en ce qu'elles touchent à l'intégrité physique des participants¹¹⁴¹. Or, le dangereux « est nécessairement l'anormalement dangereux »¹¹⁴² et l'appréciation de ce caractère normal peut sans surprise éveiller en la matière un jugement moral. Sur ce point, les arrêts *Laskey, Jaggard et Brown*¹¹⁴³ et *K.A. et A.D.*¹¹⁴⁴ rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme illustrent les rapports entre morale, moralité juridique et droit : l'État peut-il intervenir au nom de la moralité juridique pour restreindre ou condamner ces pratiques¹¹⁴⁵ ? Doit-il davantage se placer sur le terrain de l'autonomie personnelle ou de l'intégrité physique ? Les pratiques sado-masochistes sont-elles immorales, parce qu'elles apparaissent dangereuses pour les individus qui s'y adonnent ? Ou bien est-ce parce qu'un comportement paraît immoral qu'il devient constitutif d'un comportement qualifié de dangereux selon le droit ? *In fine*, une justification morale peut-elle implicitement contribuer à caractériser le standard du danger ?

La morale publique figure parmi les buts légitimes invocables par les États parties à la Convention EDH pour justifier des restrictions à certains droits fondamentaux, dont la liberté de pensée, de conscience et de religion¹¹⁴⁶. Certains auteurs ont alors proposé de caractériser cette

¹¹³⁷ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 27.

¹¹³⁸ La morale est souvent présentée comme ayant pour finalité le bien tandis que le droit aurait pour finalité le juste ; v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 39, n° 38, pour qui cette distinction est « très artificielle ».

¹¹³⁹ *Idem.*, p. 95, n° 101 et p. 39, n° 38s. : « [...] juste et bien, droit et morale, se rejoignent souvent ».

¹¹⁴⁰ L'immoralité prendrait ici le sens de la morale associée au ressenti humain, aux *feelings* selon la définition donnée par DEVLIN. Cette morale est fondée sur le dégoût, l'aversion et s'oppose à ce qu'il appelle la morale utilitariste, associée à la connaissance et plus conforme aux exigences européennes de pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture, fondée sur la confiance entre les individus et le respect des exigences de la vie en société. V. C. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, n° 24, p. 264 : « Here Devlin associates morality conceptually with notions of harmfulness and injury, as if to say that, however offensive some behavior might be to one's feelings, such behavior cannot properly be regarded as "wrong" unless it is also somehow harmful to society ».

¹¹⁴¹ Cf. Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98, 45558/99, § 13-15.

¹¹⁴² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 96.

¹¹⁴³ Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 févr. 1997, req. n° 21627/93, 21826/93, 21974/93.

¹¹⁴⁴ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc.

¹¹⁴⁵ Cf. Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., § 51.

¹¹⁴⁶ Conv. EDH, art. 9 § 2 : « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la

morale juridique par le recours au standard du danger : un comportement ne pourrait en ce sens être considéré comme immoral que s'il est dangereux pour la société¹¹⁴⁷.

« Le droit est donc dans la morale et la morale dans le droit. Dès lors, toute appréciation portée sur le contenu d'une règle de droit implique nécessairement un jugement de valeur d'ordre moral »¹¹⁴⁸.

Force est de constater que le débat sur les rapports entre le droit et la morale n'est pas encore obsolète : les standards juridiques ne tarissent pas l'opportunité de cette réflexion en termes de normalité. Mais la normalité est-elle seulement morale ?

215. Standards et éthique. Caractériser la normalité revêt également un aspect éthique. De ce point de vue, caractériser la normalité c'est en effet distinguer le bien du mal, le juste de l'injuste¹¹⁴⁹, le bon du mauvais. C'est considérer qu'un époux refusant de remettre le *gueth* à son épouse exerce un abus de droit¹¹⁵⁰, car ce refus constitue une injustice. C'est considérer qu'il est mauvais pour un enfant de « subir l'influence » du responsable d'une secte¹¹⁵¹, et donc que cette influence est contraire à son intérêt. D'un point de vue conséquentialiste par ailleurs, « est moral ce qui promeut le bien »¹¹⁵². Selon cette méthode¹¹⁵³, le bien est identifié « aux conséquences positives de nos actes ou de nos règles d'action sur la promotion de valeurs préalablement défi-

sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹¹⁴⁷ P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, 1965, vol. 3 cité par C. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, n° 24, p. 264 : « Here Devlin associates morality conceptually with notions of harmfulness and injury, as if to say that, however offensive some behavior might be to one's feelings, such behavior cannot properly be regarded as "wrong" unless it is also somehow harmful to society ».

¹¹⁴⁸ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 42, n° 42 (nous soulignons).

¹¹⁴⁹ On pense ici à Ulpien pour qui la jurisprudence est la science du juste et de l'injuste : « *justi atque injusti scientia. Jus est ars boni et aequi* », frag. 10 du Digeste ; J. SKORUPSKI, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la dir. de M. CANTO-SPERBER, 1996, p. 1036 : « le bien précède philosophiquement le juste ; mais le juste contraint néanmoins à la poursuite du bien ».

¹¹⁵⁰ Les décisions en la matière ne font pas systématiquement référence à la liberté religieuse de l'épouse, mais sont parfois orientées sur le seul comportement de l'époux ; v. Cass. Civ. 2^e, 15 juin 1988, n° 86-15476, *JCP G*, 1989.II.21223, note M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, *RTD Civ.* 1988.770, obs. P. JOURDAIN : « Si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du "gueth" échappent à l'appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose ; [...] en refusant le "gueth" [l'époux] laisse subsister le seul lien religieux avec les conséquences qui en découlent et restreint la liberté totale que [son ex-épouse] était en droit d'attendre du divorce ; [...] la Cour d'appel a pu, sans violer le principe de séparation des Églises et de l'État et hors de toute dénaturation, déduire que le comportement [de l'époux] constituait un abus de droit ; la faute ainsi commise engageait la responsabilité de son auteur hors de toute intention de nuire » (nous soulignons) ; Cass. Civ. 2^e, 21 nov. 1990, n° 89-17659 : « la délivrance du "gueth" constituait pour [le défendeur] une simple faculté relevant de sa liberté de conscience et dont l'abus ne pouvait donner lieu qu'à dommages-intérêts ». V. également CA Versailles, 16 févr. 2012, n° 10-0489, *Jurisdata* n° 2012-002317 : « ce refus prolongé, sans motif légitime, laissant subsister le lien religieux entre les époux, a restreint la liberté que [l'épouse] était en droit d'attendre du divorce civil et constitue dès lors un abus de droit engageant la responsabilité de [l'époux] ».

¹¹⁵¹ CA Dijon, 4 juin 1991, *Jurisdata* n° 1991-048017, *RTD Civ.* 1992, 75, obs. J. HAUSER.

¹¹⁵² J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014, p. 1.

¹¹⁵³ Le conséquentialisme peut effectivement se définir comme une méthode d'évaluation du bien ; v. J.-C. BILLIER, *op. cit.*, p. 73.

nies »¹¹⁵⁴. En ce sens, utiliser des standards juridiques revient à accepter d'introduire dans le droit des réflexions liées à sa finalité, sa philosophie, car l'appréciation des standards implique au moins un jugement en termes de valeur :

« Ces concepts se définissent non en eux-mêmes, mais par rapport aux valeurs admises dans la société »¹¹⁵⁵.

Et parce que ces valeurs ne revêtent pas nécessairement un caractère juridique, l'utilisation des standards contribue à alimenter ce que CARBONNIER et IVAINER appellent la porosité du droit et du non-droit. Cette porosité intervient donc par la référence à des valeurs non-juridiques, mais également par une appréciation plus statistique de la normalité et une ouverture à la pluridisciplinarité (2).

2. L'ouverture à la pluridisciplinarité

216. Standards et algorithmes¹¹⁵⁶. Caractériser la normalité peut aussi revenir à considérer qu'est normal un comportement adopté par le plus grand nombre¹¹⁵⁷. En ce sens, la normalité revêt une dimension statistique. Les évolutions technologiques contemporaines contribuent à donner un certain souffle à cette dimension. Ainsi que le souligne Antoine GARAPON : « la justice est bouleversée par la technologie »¹¹⁵⁸. Parmi ces bouleversements, on peut mentionner tout particulièrement les algorithmes, formules mathématiques théorisées par Alan TURING et originellement destinées à contrer la machine de cryptage allemande *Enigma*. Leur utilisation dans le domaine juridique a été baptisée « justice prédictive ». En effet, ces algorithmes permettent d'analyser une quantité gigantesque de décisions jurisprudentielles sur un thème donné afin d'anticiper le résultat d'un contentieux.

« S'ils ne touchent pas à la règle primaire, ces logiciels formalisent non seulement les règles d'application de la règle mais ils permettent de prévoir le traitement réservé par l'institution à des cas particuliers. Les big data prétendent conférer en effet une consistance non pas juridique mais mathématique à une réalité que les juristes ne pouvaient atteindre que par un savoir intuitif et que la statistique approchait de manière trop générale »¹¹⁵⁹.

On pourrait ainsi imaginer que le recours à ces formules offre aux juges la possibilité de fonder implicitement leur décision sur une solution généralement admise par leurs confrères dans des

¹¹⁵⁴ J.-C. BILLIER, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁵⁵ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5 éd., Dalloz, 2012, p. 336, n° 266.

¹¹⁵⁶ V. V. DE SENNEVILLE, « Quand les algorithmes entrent dans les prétoires », *Les Échos* (22 03 2017), en ligne : <<https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/0211898197671-quand-les-algorithmes-entrent-dans-les-pretoires-2074302.php#xtor=CS1-33>>.

¹¹⁵⁷ V. *infra* n° 222s.

¹¹⁵⁸ A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, n° 1-2, p. 47.

¹¹⁵⁹ *Idem*.

situations similaires¹¹⁶⁰, et donc sur une forme de *normalité judiciaire*. Cette normalité aurait pour principal écueil celui de pousser au « conformisme » en enfermant les juges dans ces carcans de normalité, susceptibles d'être accusés de partialité s'ils n'adoptent pas la même solution que leur confrère¹¹⁶¹.

« La justice prédictive risque donc de fixer le présent, de le consacrer en quelque sorte et de donner plus de force aux préjugés sociaux. Elle rend la norme sociale encore plus pesante »¹¹⁶².

217. Standards et expertises. Les standards sont des « notions frontalières »¹¹⁶³ du fait et du droit : bien qu'ils soient *dans* la règle de droit, ils ne sont pas *la* règle car le standard seul n'emporte aucune conséquence juridique¹¹⁶⁴. Les standards n'ont pas de régime ; ils sont un outil de qualification juridique. Ils constituent le lien entre les faits et la règle de droit, la liaison covalente entre le droit et le non-droit. Par exemple, le standard de la gravité seul n'emporte en droit aucune résonance. En revanche, inscrit dans l'article 375 du Code civil, il en conditionne l'applicabilité. Ainsi est-il nécessaire de prouver, pour qu'une mesure d'AEMO puisse être ouverte, que les faits rapportés compromettent *gravement* les conditions de l'éducation ou du développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant. Or, praticien et savant du droit, le magistrat n'est pas compétent en matière psychologique, biologique ou sociologique. Il peut donc se trouver face à des situations échappant à son domaine d'expertise et pour lesquelles il a besoin

¹¹⁶⁰ Les données pouvant être isolées puis combiner pour analyse pouvant être de trois types : les données juridiques, les « caractéristiques premières du litige » comme les éléments factuels repérables, les éléments de contexte comme par exemple l'état de santé d'une partie ; cf. A. GARAPON, *op. cit.*

¹¹⁶¹ A. GARAPON décrit ce phénomène d'« effet moutonnier » de la justice prédictive ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, n° 1-2, p. 47 ; B. LOUVEL, « Allocution du Premier président Bertrand Louvel », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 5 : « Outil d'harmonisation, l'open data sera également un moyen d'anticipation. La connaissance des décisions en limitera l'imprévisibilité pour le justiciable. Les juridictions, interpellées sur leurs décisions antérieures, librement accessibles, seront invitées à plus de constance » ; T. LESUEUR, « Informatique judiciaire et perspectives de l'open data pour les juridictions », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 21 ; C. ARENS, « La diffusion de sa jurisprudence par une cour d'appel », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 72.

¹¹⁶² A. GARAPON, *op. cit.* Pour des explications davantage techniques et leurs implications, v. S. BORIES, « À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP G*, 1985, n° 45, doct. 3213 ; on soulignera la pertinence du propos tenu en 1985 et la réalité effective et contemporaine de ce phénomène. Relevant l'intérêt pour les études jurisprudentielles, S. BORIES explique d'ailleurs très justement : « A l'instar de la photographie aérienne découvrant le site archéologique jusqu'ici invisible à hauteur d'homme, l'appréhension globale de la jurisprudence en termes statistiques découvre les traits ignorés d'un contentieux, le particularisme d'une pratique judiciaire, la dynamique de l'interprétation, le comportement des plaideurs ou la conscience du juge ».

¹¹⁶³ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 3.

¹¹⁶⁴ V. en ce sens, S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER-ELST, Bruylant, 1984, p. 39 (voir p. 44) pour qui les standards constituent des techniques de formulation de la règle de droit.

de se tourner vers des sachants. Il s'agit alors, dès qu'un suivi médical, psychologique¹¹⁶⁵ ou technique est nécessaire, de « chercher dans les sciences le réconfort des certitudes », « de peur de se tromper ou de se laisser aller au risque de la subjectivité »¹¹⁶⁶. En conséquence, le recours aux experts peut aussi éviter les malentendus culturels¹¹⁶⁷.

Le juge judiciaire conserve évidemment son pouvoir décisionnel et peut prendre une décision allant à l'encontre de l'avis de l'expert¹¹⁶⁸. Tel fut le cas par exemple dans une affaire d'autorité parentale sur fond « d'appartenance, non discutée, [du père] à des organisations ou mouvements sectaires »¹¹⁶⁹. En l'espèce, la Cour d'appel de Bastia avait attribué l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à la mère au motif d'abord que « l'intérêt de l'enfant doit primer ainsi que la préservation de son équilibre ». Elle ajoutait ensuite que l'expert psychologue s'était certes déclaré favorable à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, mais après avoir mis en avant la recherche d'identité personnelle du père, son absence de distance aux enseignements sectaires, sa conviction d'être supérieur aux autres à raison même de cette appartenance et son refus d'adhérer à la société qui l'entoure. Elle en concluait l'existence d'un « danger majeur » et d'un « risque de

¹¹⁶⁵ V. par exemple les conclusions d'un expert psychologue près la Cour d'appel de Lyon à propos de la réalisation de rites religieux : « Dans ce contexte, la contrainte d'engagement et de réalisation de rites religieux semble un projet à risque sur le plan identitaire pour le jeune [X] même si ce dernier possède les capacités physiques pour faire cohabiter cette double appartenance dont il est le produit dans son histoire. On pourrait ainsi craindre l'émergence d'un sentiment abandonnique profond vis-à-vis de sa famille d'accueil, ce sentiment se manifestant par l'accentuation des mouvements anxieux et la prédominance d'une symptomatologie de nature dépressive. [...] Le jeune [X] apparaît comme un enfant repéré quant à son histoire personnelle et familiale. Il se présente cependant comme un pré-adolescent anxieux car conscient d'être l'enjeu d'un tiraillement identitaire tant sur le plan interne que dans la réalité externe des divers groupes d'appartenance auprès desquels il évolue. En ce sens, l'accomplissement de sa Bar Mitsvah vient symboliser cette problématique d'injonction identitaire qui chez cet enfant au parcours complexe devient particulièrement désorganisant sur le plan identitaire et psychique. Il apparaît risqué sur le plan psychique d'imposer un tel engagement au jeune [X] et ce du fait de son besoin de sécurité psychique et de cohérence dans sa progressive construction identitaire. Son départ de la famille d'accueil faisant figure de rupture à caractère traumatique, un hyper investissement contraint d'une identité qu'il doit construire progressivement apparaît donc comme un projet à risque. Il semble important que le jeune [X] puisse être questionné et accompagné dans une progressive construction de son identité juive et religieuse qu'il déclare et semble assumer et structurer progressivement. Cette construction doit cependant se construire au rythme de cet adolescent au risque de générer chez lui d'importants mouvements anxieux ainsi qu'une problématique de nature dépressive qui demeure sous-jacente du fait de son parcours personnel » ; annexé par C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III], p. 101.

¹¹⁶⁶ F. DREYFUS-NEITZER, « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 313 (voir p. 319).

¹¹⁶⁷ V. notamment le jugement du Tribunal pour enfants de Lyon du 17 mars 2016 cité et annexé par C. WURTZ, *op. cit.*, p. 33. La juge y souligne explicitement les « malentendus culturels ».

¹¹⁶⁸ Il existe bien entendu des cas dans lesquels le juge devra tenir compte de l'avis de l'expert. Tel est notamment le cas en ce qui concerne l'établissement contentieux de la filiation par le biais de la vérité biologique. La jurisprudence considère en effet que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation ; Cass., ass. plén., 23 nov. 2007, *D.* 2007.3078, obs. F. GRANET ; *JCP* 2007. II. 10204, note CHAUVIN ; *AJ fam.* 2008. 36, obs. CHÉNEDÉ ; *RJPF* 2008-2/33, obs. T. GARÉ. La vérité biologique, reine des preuves, lie le juge une fois rapportée : Cour EDH, *Mizzi c. Malte*, 12 janv. 2006, req. n° 26111/02, § 113. Toutefois, le juge ne perd pas son pouvoir d'appréciation et peut choisir de ne pas soumettre la personne aux expertises en question dès lors qu'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. La Cour de cassation a ainsi pu considérer qu'outre son caractère déstabilisateur, une demande en annulation de reconnaissance uniquement motivée par un intérêt financier constitue un motif légitime justifiant que ne soit pas ordonnée l'expertise biologique revendiquée ; Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-18398.

¹¹⁶⁹ CA Bastia, 3 juin 2009, *Jurisdata* n° 2009-007583.

manipulation » de la part du père de l'enfant pour attribuer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale contre l'avis de l'expert.

218. Somme toute, les standards assurent l'intégration dans le raisonnement judiciaire d'une dimension pluridisciplinaire. Cette pluridisciplinarité ne doit pas effrayer ou incommoder le juriste car elle contribue à nourrir la richesse du droit.

« Il faut postuler qu'il y a autant de déraison – ascientifique – à prétendre expliquer *pleinement* le juridique par le juridique ou le social par le social qu'il y en aurait à prétendre expliquer le religieux sans le mythique et le culturel, le culturel sans le scientifique, la science sans le social, la technique sans l'épistémologique, l'épistémologique sans le psychique, *e tutti quanti*. Fondés en croyance plus qu'en raison, les réductionnismes scientifiques – quelles que soient leurs disciplines d'élection – se révèlent pernicieux dans la mesure de leur auto-aveuglement à se donner comme *totaux* »¹¹⁷⁰.

La question des convictions religieuses constitue le meilleur témoin de l'inadéquation d'un droit civil peut-être trop universel pour appréhender un fait religieux extraordinairement protéiforme. C'est d'ailleurs pourquoi, tout comme l'art, le fait religieux « offre tant de démarches diverses et même adverses qu'on désespère de trouver une définition qui puisse leur être commun dénominateur, principe d'une unité »¹¹⁷¹. Instrument privilégié d'une justice « à visage humain »¹¹⁷², « [l]e standard est une notion qui, dans une culture juridique française demeurée fondamentalement légaliste, dérange »¹¹⁷³. Pourtant, cet outil du raisonnement juridique désormais largement présent dans nos lois, notre jurisprudence et notre doctrine, s'est révélé remarquablement utile dans la prise en considération du fait religieux par les juges judiciaires. Mais l'utilité est-elle bonne utilisation (II) ?

II. L'UTILISATION PROBLEMATIQUE DES STANDARDS JURIDIQUES

219. Impartialité des juges et standards juridiques en matière religieuse. Nonobstant la volonté de maintenir la neutralité du service public de la justice, l'utilisation des standards en tant qu'outils de qualification juridique révèle qu'ils sont mal exploités au regard des implications qu'ils recouvrent et permettent. En effet, tel qu'il a été mentionné plus haut, les standards juridiques s'inscrivent dans une logique du flou fondée d'une part sur un modèle de comportement évalué en termes de normalité, et d'autre part sur une mise en relation du droit et du non-droit

¹¹⁷⁰ D. DE BÉCHILLON, « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.*, 1995, p. 835.

¹¹⁷¹ R. HUYGHE, *Dialogue avec le visible*, Flammarion, 1955, p. 401.

¹¹⁷² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 58.

¹¹⁷³ C. BLOUD-REY, « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1439.

permise notamment par l'ouverture à une démarche pluridisciplinaire. Cette double acception fait écho à celle donnée à la notion d'impartialité des juges judiciaires. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, depuis l'arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, que cette exigence d'impartialité possède deux dimensions : l'une est subjective et exige l'absence de préjugés ou de parti pris ; l'autre est objective et requiert des garanties procédurales¹¹⁷⁴. Appliquée dans un raisonnement juridique utilisant des standards comme outils de qualification des faits, deux incohérences émergent : la dimension subjective de l'impartialité est-elle compatible avec le critère de normalité découlant de l'appréciation d'un standard juridique (A) ? De même, la dimension objective de l'impartialité permet-elle d'articuler régime de séparation issu de la laïcité et expert religieux – que l'utilisation des standards semble permettre (B) ?

A. L'appréciation de la normalité en matière religieuse

220. Dualité de la normalité. Le substantif « normalité » renvoie au caractère de « ce qui est normal ». Juridiquement parlant, est normal ce qui est conforme à la norme ou au principe ; en ce sens, est normal ce qui n'est pas dérogatoire¹¹⁷⁵. Cette dimension de la normalité est à écarter du propos puisqu'à l'évidence elle ne contient aucune indétermination, critère propre au standard. Nonobstant cette première définition, il est courant de distinguer deux dimensions à la normalité : d'un côté, est normal « ce qui est, en fait le plus fréquent, courant, commun, habituel » ; de l'autre, est normal « ce qui est modéré, moyen, raisonnable (par opposition à excessif, anormal) »¹¹⁷⁶. Autrement dit, la définition de la normalité s'articule autour de deux conceptions : l'une s'apparentant à un constat évaluable presque matériellement ou statistiquement ; l'autre renvoyant à l'idée d'équilibre et de rationnel. S'il est d'usage de trouver dans la normalité les notions d'être et de devoir-être, de descriptif et de normatif, de « type moyen » et de « type idéal »¹¹⁷⁷, nous lui préférons une dualité recouvrant d'abord le descriptif, le commun, et – à l'image de la justice – le balancé, l'équilibré.

¹¹⁷⁴ Cour EDH, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79, § 30. Voir aussi V. FRAISSINIER-AMIOT, « Quand la recherche de l'exigence d'impartialité des tribunaux entraîne des incidences dommageables », *LPA*, 2009, n° 74, p. 11, note sous Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 06-45334 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53 ; V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *JCP G*, 2000, n° 36, doct. 252, p. 1595, note sous Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, n° 97-16440 ; B. BEIGNIER et C. BLÉRY, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.*, 2001, p. 2427.

¹¹⁷⁵ On pense par exemple aux « règles de procédure normales ».

¹¹⁷⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016, p. 691, v. sous « normal ».

¹¹⁷⁷ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, [th. Lyon III : dir. S. PORCHY-SIMON : 2016], p. 25.

221. Positionnement du problème : la normalité, unité conceptuelle du standard. En ce qu'ils constituent un « instrument de mesure des comportements et des situations en terme de normalité »¹¹⁷⁸, les standards juridiques peuvent être le vecteur d'un malaise certain au regard de l'objet particulier que constituent les convictions religieuses et du cadre normatif posé par la laïcité française. L'analyse en termes de normalité ou d'anormalité de la matière religieuse interpelle. On pourrait être tenté de reconnaître l'anormalité dans une conviction religieuse originale, méconnue, inédite ou obscure ; voire, pour celui qui ne croit pas, dans la conviction religieuse elle-même, quelle qu'elle soit. À première vue, le risque réside donc dans l'amalgame de potentiels préjugés avec ce qui peut être considéré comme « normal » (1). En outre, l'actualité sociale, politique et juridique pourrait constituer le terreau d'une conception de la normalité fondée sur la neutralité religieuse (2). Finalement, l'analyse de la normalité est peut-être mal envisagée, ou tout du moins mal menée dans la manière d'utiliser les standards juridiques, et l'on se demande si son analyse en termes de proportionnalité ne conviendrait-elle pas mieux aux problématiques religieuses (3).

1. La normalité sans préjugés ?

222. Première dimension : la normalité dans le commun. Cette dimension descriptive de la normalité renvoie à ce qui est « le plus fréquent », le plus commun. L'adapter à la question religieuse reviendrait ainsi à considérer qu'est normale une conviction religieuse habituelle, fréquente ou traditionnelle. Autrement dit, adopter une évaluation de la normalité en son sens descriptif renvoie indéniablement à une différenciation entre les religions historiques majoritaires, nécessairement plus connues et plus populeuses, et les nouveaux mouvements religieux, nécessairement moins fréquents, peut-être plus marginaux, parfois très minoritaires, voire inhabituels et somme toute... moins normaux. Une telle approche de la normalité semble à plusieurs égards incompatible avec l'exigence d'impartialité des tribunaux. D'abord parce qu'elle alimente un jugement potentiellement fondé sur des préjugés dès lors que tout mouvement religieux nouveau ou inhabituel pourra être réputé anormal *ab initio*. Ensuite, parce qu'en instaurant la normalité dans le nombre ou dans l'habituel, elle contrevient à « la tolérance et [à] l'esprit d'ouverture » caractéristiques des sociétés démocratiques¹¹⁷⁹. Cette conception de la normalité est en effet de nature à

¹¹⁷⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 61.

¹¹⁷⁹ Cour EDH [plén.], *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, req. n° 7525/76, § 53. Cette ligne de force de la jurisprudence européenne des droits de l'homme se retrouve également sous l'angle de l'article 9 de la Convention ; v. par exemple Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 128 ; Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabih c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 108 ; Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 126 ; Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 109.

crystalliser le pluralisme et à ralentir, voire à bloquer, son évolution au sein de la société. Le contentieux des « sectes » en constitue le témoignage. Ainsi que l'énonce Philippe MALAURIE :

« Toute religion est, à ses origines, traitée de secte par ses adversaires »¹¹⁸⁰.

La nouveauté créant de la méfiance, les nouveaux mouvements religieux tels que les Témoins de Jéhovah, ont suscité dans les années 90 une forte réaction doctrinale, sociétale et gouvernementale. C'est en réalité l'« empilement » des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a consolidé la reconnaissance de ce groupement et contribué à sa banalisation¹¹⁸¹. Aujourd'hui, la méfiance à l'égard des Témoins de Jéhovah peut certes demeurer, mais les idées reçues qui pouvaient alimenter son appréhension judiciaire sont de mieux en mieux élaguées. Du point de vue de la normalité descriptive : les Témoins de Jéhovah sont devenus une option religieuse certes mystérieuse pour d'aucuns, mais plus ordinaire qu'auparavant, et donc plus « normale ». Parce qu'elle permet de labelliser d'anormaux des mouvements religieux inhabituels, la normalité descriptive crée une stigmatisation *a priori* des nouveaux groupements religieux. On pourrait toutefois s'interroger sur la portée de la critique dans le cadre de mouvements se revendiquant religieux, tel que l'Église Pastafariste¹¹⁸². Cette communauté créée en 2005 regroupe des adeptes du « Monstre en Spaghettis Volant » répartis dans le monde entier. Bien que souvent présentée comme caricaturale ou loufoque¹¹⁸³ – les pastafariens étant en effet invités à manifester leur croyance par le port d'une passoire sur la tête ou d'un tricorne de pirate¹¹⁸⁴ – cette nouvelle religion a pu être autorisée à célébrer des mariages¹¹⁸⁵, et la question de sa reconnaissance a été posée dans certains États¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁰ P. MALAURIE, « Droit, sectes et religion », *A.P.D. "Droit et religion"*, 1993, p. 211.

¹¹⁸¹ G. GONZALEZ, « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 2011, p. 199.

¹¹⁸² Dans le même ordre d'idées, un sondage britannique estimait à 176 000 le nombre d'adeptes de la « religion jedi » en 2011, v. L. OBADIA, « When Virtuality Shapes Social Reality - Fake Cults and the Church of the Flying Spaghetti Monster », in *Religion on the Web*, F. DUTEIL-OGATA, I. JONVEAUX, L. KUZYNski, S. NIZARD, *Proceedings of the Conference by the French Association for the Social Sciences of Religion*, Vol. 8 (2015), p. 115s. (voir p. 119), (voir p. 119), en ligne : <<http://heup.uni-heidelberg.de/journals/index.php/religions/article/viewFile/20327/14121>>.

¹¹⁸³ Voir par exemple la décision de la Cour supérieure du Québec, *Narayana c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2015 QCCS 4636 (CanLII). Dans cette affaire une adepte du Pastafarisme invoquait, au nom de sa liberté de religion, son droit à porter une passoire à pâtes ou un tricorne de pirate sur la photo officielle de son permis de conduire. Entre autres, elle exposait ses prétentions en soulignant : « I believe that I have the same right to express my personal beliefs and chosen religion as much as someone wearing a kippah, a hijab, or a turban ». Parmi l'un des motifs de la décision d'irrecevabilité, le suivant relève le caractère loufoque de la religion invoquée : « [...] en émettant l'hypothèse que sa "religion" soit autre chose qu'une immense farce qui a pour but de se moquer des religions, ou du moins de certaines croyances partagées par leurs membres, il n'existe aucune véritable question susceptible d'être tranchée par la Cour. [...] Ce dossier ne soulève aucune réelle question de charte. [...] Il apparaît, à la face même du dossier, que le "Church of the Flying Spaghetti Monster" est un mouvement social qui permet à ceux qui y adhèrent de questionner, bien que de façon particulièrement loufoque, certains des éléments qui constituent l'assise de plusieurs religions ».

¹¹⁸⁴ D'aucuns pourront s'amuser de ce que le choix de la passoire puisse s'apparenter à une kippa ou à une casquette, v. les photographies figurant dans l'article de J. OSBORNE, « Mon week-end avec un pastafarien convaincu », *Vive* (10 févr. 2015), en ligne : <<https://www.vice.com/fr/article/my-weekend-with-a-surrey-bc-pastafarian-712>>, dernière consultation le 6 juin 2017.

¹¹⁸⁵ La Nouvelle-Zélande a autorisé l'Église du Monstre en Spaghettis Volant (FSM) à célébrer des mariages dans un avis du 10 déc. 2015 publié à la *New Zealand Gazette* n° 135 du Gouvernement néozélandais : *Marriage (Approval of*

223. Cette normalité « commune » est donc susceptible de soulever interrogations et inégalités dans l'appréhension des convictions religieuses et dans la mise en œuvre de la liberté de religion. Il faut rappeler que « le juge est un contre-pouvoir qui doit protéger les minorités »¹¹⁸⁷ et qu'à ce titre il ne doit pas céder aux opinions majoritaires¹¹⁸⁸, même parfois si elles sont exprimées dans une loi. Or, « c'est pourtant à cette dernière solution que, par un sociologisme mal compris, s'est rallié massivement le mouvement du standard, qui inlassablement a ramené le standard à la pure et simple idée de moyenne des conduites tenues effectivement par les justiciables. À l'opposé, on pourrait imaginer que soit adoptée une vision purement dogmatique de la normalité mise en œuvre par le standard, selon cette idée que “ce qui se fait n'est pas forcément ce qui doit se faire” »¹¹⁸⁹.

Cette première dimension de la normalité « dans le commun » peut donc paraître insatisfaisante. Elle génère de surcroît une autre implication : au sein de la société française, pourquoi ne pas considérer comme normal ce qui est *religieusement neutre* (2) ?

2. La normalité dans la neutralité ?

224. Dans nos sociétés sécularisées, la discrétion religieuse semble s'imposer comme le nouveau paradigme de gestion du fait religieux¹¹⁹⁰. De la loi de 2010 interdisant la dissimulation du

Organisations) Notice No. 22, en ligne <https://gazette.govt.nz/assets/pdf-cache/2015/2015-go7246.pdf?2015-12-10%2010:20:10>.

¹¹⁸⁶ En Pologne, le cas de l'Église du MSV est allé jusque devant les tribunaux : le ministre de l'administration et de la numérisation avait refusé en 2013 son entrée au registre des églises et autres associations religieuses. Le tribunal administratif de Varsovie avait alors annulé cette décision, déclenchant de nombreuses réactions notamment dans la presse qui s'étonnaient de la reconnaissance du caractère religieux du Pastafarisme (les décisions sont accessibles en ligne pour les polonophones : Cour d'appel de Varsovie, 28 avr. 2015, http://www.klps.pl/pliki/II_uzasadnienie_wyroku.pdf). À l'inverse, aux États-Unis, un requérant revendiquant la protection du Premier Amendement se fondait sur sa croyance envers le FSMism (formulation anglaise désignant l'Église pastafarienne et dont l'acronyme fait référence au « Flying Spaghetti Monster »). La District Court du Nebraska considéra que le Pastafarisme n'était pas une « religion » au sens des statuts fédéraux et de la jurisprudence constitutionnelle et le débouta de ses demandes d'accommodement en prison : United States District Court of Nebraska, *Cavanaugh v. Bartelt et. al.*, [14-3183], en ligne : https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-ned-4_14-cv-03183/pdf/USCOURTS-ned-4_14-cv-03183-2.pdf.

¹¹⁸⁷ X. DELGRANGE, « Rapport de synthèse », in *Le juge régulateur du fait religieux ou juger sans préjugé*, Strasbourg, 23 juin 2017, à paraître.

¹¹⁸⁸ Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, § 109 : « Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante » (nous soulignons).

¹¹⁸⁹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 76, citant J. FLOUR, *Cours de droit civil*, Les cours du droit, 1964-1965, p. 265.

¹¹⁹⁰ Le « désenchantement du monde » influencerait en ce sens tant la notion même de conviction religieuse et les rapports qu'elle entretient avec la laïcité française que la compréhension sociale du « vivre ensemble » (cf. Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 122 : « La Cour peut donc admettre que la clôture

visage dans l'espace public aux débats portés sur le burkini durant l'été 2016 en passant par l'affaire *Baby Loup* : de nombreuses données tendent à proposer l'effacement des manifestations religieuses des personnes privées au profit d'une neutralité généralisée¹¹⁹¹. Parallèlement, ces velléités de confinement des convictions religieuses sont contrebalancées par un certain nombre de revendications identitaires qui contribuent à alimenter la vigueur des partisans de la neutralité religieuse partout, pour tous. En droit du travail par exemple, la neutralité religieuse dans l'entreprise a ainsi été recommandée au nom de la sérénité, l'égalité et la qualité des relations de travail par un avis du Haut Conseil à l'Intégration¹¹⁹². Y figurait la recommandation suivante :

« Le souci de préserver la paix sociale, de continuer à garantir, pour tous, la liberté de conscience, l'égalité de traitement et la non discrimination dans l'entreprise, doit nous conduire à privilégier les principes de respect mutuel et de discrétion, de neutralité et d'impartialité »¹¹⁹³.

Le Haut Conseil à l'Intégration proposait à cette fin d'insérer dans le Code du travail la possibilité pour les entreprises d'intégrer dans leur règlement intérieur des dispositions relatives aux manifestations religieuses des salariés, et suggérait un modèle d'article de règlement intérieur rédigé ainsi :

« Pour respecter les convictions personnelles de tous, le libre-arbitre de chacun, le droit de croire ou de ne pas croire, les principes de neutralité et d'impartialité sont les mieux à même, en assurant un traitement égal de chacun, de favoriser la qualité du lien social dans l'entreprise et, de prévenir tout salarié quant au risque de discrimination. Ces principes permettent aussi de préserver l'entreprise du risque de litige sur fond de revendication religieuse. Les principes de neutralité et d'impartialité sont donc favorables au bon fonctionnement de l'entreprise. L'absence de manifestations de l'expression religieuse, qu'il s'agisse de pratiques ou de signes ostensibles, est donc fortement recommandée »¹¹⁹⁴.

Avec la loi de 2016, venue intégrer dans le Code du travail la possibilité d'insérer dans le règlement intérieur de l'entreprise une clause de neutralité¹¹⁹⁵, on peut dès lors se demander si la neutralité religieuse n'est pas sur le point d'entrer dans « la norme », soutenue par le droit positif, et de constituer une pierre angulaire de la normalité en matière religieuse.

225. Cette analyse de la normalité est une question qui ne se pose pas au Québec dans la mesure où les convictions religieuses sont protégées dès lors qu'elles sont considérées comme struc-

qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble», nous soulignons ; v. également § 141).

¹¹⁹¹ Sur ce point, v. *supra* n° 68s.

¹¹⁹² V. *Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise. Avis*, Haut Conseil à l'Intégration, 2011, en ligne : <<http://archives.hci.gouv.fr/IMG/pdf/HCI-Avis-laicite-entreprise-pdf-2.pdf>>.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 17.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 18. (nous soulignons).

¹¹⁹⁵ Art. 1321-2-1 du Code du travail, issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

turantes pour l'individu¹¹⁹⁶. En vertu du double critère de la religion personnelle et de la croyance sincère, dégagé par la jurisprudence *Amselem* en 2004¹¹⁹⁷, l'appréhension subjective des convictions religieuses permet d'écarter tout jugement en termes de normalité dans l'applicabilité de la liberté religieuse. Ainsi, le jugement porte-t-il sur la mise en balance de cette liberté et du ou des droits avec lesquels elle entre en conflit dans le cas soumis au regard des juridictions judiciaires. À cet égard, dans quelle mesure peut-on imaginer transposer la compréhension de la normalité vers sa seconde dimension, celle d'une normalité rimant avec proportionnalité (3) ?

3. La normalité dans la proportionnalité

226. Seconde dimension : la normalité dans le raisonnable. Cette conception est celle qui, selon nous, se reflète de manière parfaitement adaptée dans l'office du juge et devrait prévaloir dans le raisonnement judiciaire. Selon cette dimension, est normal ce « qui ne penche ni à droite, ni à gauche ; par suite, ce qui se tient dans un juste milieu »¹¹⁹⁸. À l'image de la balance, symbole de la justice, la normalité repose sur le raisonnable, le modéré, l'équilibré. On comprend ainsi dans quelle mesure rompre un équilibre revient à créer une anormalité¹¹⁹⁹. Le mot normal est en effet un « synonyme atténué de *bon* et de *juste* »¹²⁰⁰. En philosophie, cette conception de la normalité est d'ailleurs considérée comme intrinsèquement supérieure à la conception descriptive, de même qu'il est présenté comme nécessaire de ne pas transformer « ce qui se passe dans la moyenne ou dans la majorité des cas, en un type idéal de ce qui doit se passer »¹²⁰¹. À l'égard de l'appréhension judiciaire des convictions religieuses ce positionnement en termes de normalité est nécessairement plus adapté que le premier dès lors qu'il implique la recherche d'une mise en balance. On comprend dès lors qu'ainsi entendue, la normalité serait le résultat d'une comparaison d'intérêts concurrents, et la recherche du point d'équilibre entre ces deux intérêts en serait le curseur.

227. La recherche de la normalité dans l'équilibre aurait, en matière religieuse, deux conséquences. D'abord, elle serait garante d'une meilleure neutralité du raisonnement judiciaire, en permettant de réinvestir l'appréciation judiciaire d'une confrontation entre les intérêts ou les

¹¹⁹⁶ V. en ce sens, L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 170, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00862072/document>>.

¹¹⁹⁷ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

¹¹⁹⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3 éd., PUF "Quadrige", 2010, v. « normal ».

¹¹⁹⁹ En ce qui concerne la responsabilité civile et le dommage, cf. B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, [th. Lyon III : dir. S. PORCHY-SIMON : 2016], p. 26.

¹²⁰⁰ A. LALANDE, *op. cit.*, v. « normal ».

¹²⁰¹ En ce sens, A. LALANDE, *op. cit.*, v. « normal ».

droits concurrents. En soi, la mise en balance s'apparente à un garde-fou aux préjugés. Elle contrevient ensuite à l'utilisation des standards juridiques en tant qu'outils de qualification juridique des faits, pour plusieurs raisons. D'une part, car la pesée des intérêts étant une technique effectuée dans le raisonnement des juges européens des droits de l'homme au stade de l'application des droits concernés, son utilisation au stade de la qualification juridique des faits – et donc de l'applicabilité des droits – semble logiquement moins opportune. D'autre part, car l'utilisation des standards juridiques comme outils de qualification implique que l'évaluation en termes de normalité puisse conditionner l'application d'une norme. Or, au regard des libertés fondamentales, et particulièrement dans le domaine religieux, il semble plus raisonnable de ne pas faire dépendre l'application du droit de jugements impliquant une référence en termes de normalité. Les notions d'autonomie et de liberté individuelles s'y opposent. L'utilisation des standards en tant qu'outils de qualification du fait religieux contribue à reporter le choix du juge dans l'identification de la règle applicable plutôt que sur les effets que cette règle est susceptible de produire en l'espèce. En conséquence, liberté de religion et droit commun son appréhendés comme des droits concurrents dans leur champ d'application et non pas comme des droits à mettre en balance dans leurs effets. L'hypothèse selon laquelle les standards juridiques ne devraient pas constituer des outils de qualification du fait religieux ne doit pour autant pas être entendue comme un rejet de ceux-ci. Au contraire : les standards sont nécessaires. Justement, en déplacer l'utilisation de la qualification juridique vers la mise en balance d'intérêts concurrents contribuerait à faire respecter la liberté de religion sans pousser à « l'absurde les raisonnements qui favorisent l'individualisme religieux, au détriment des intérêts collectifs »¹²⁰².

228. L'exploitation des standards juridiques comme outils d'appréhension du *fait religieux* soulève donc une première question : celle de la détermination de la normalité, critère d'appréciation inhérent à l'outil et pourtant délicat à adapter à la religiosité. À cette première question s'ajoute une seconde : par la pluridisciplinarité qu'ils requièrent, les standards juridiques ne pourraient-ils pas permettre aux magistrats de s'aider d'experts religieux (B) ?

B. L'hypothèse de l'intervention d'experts religieux

229. Nécessité de la pluridisciplinarité : le recours aux experts dans l'appréciation des standards. En raison de leur nature, les standards juridiques lient fait et droit. Chargé de démêler les faits à l'aune de la qualification juridique suggérée par un standard, le juge pourra alors être

¹²⁰² F. GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, 2010, p. 65.

amené à devoir comprendre des éléments extra-juridiques s'il veut construire une solution juste. Dans le même temps, les expertises acquièrent dans le raisonnement judiciaire français une place grandissante, allant jusqu'à se loger « au cœur de l'instance »¹²⁰³. Parce qu'elle contribue à recueillir la « vérité du fait technique », l'expertise aurait aujourd'hui « pour fonction de permettre au juge de prendre appui sur des faits le plus vraisemblablement reconstitués pour appliquer la règle de droit de la façon la plus adéquate afin qu'il en résulte la décision la plus juste possible, apte par cela à neutraliser la violence et à ramener la paix sociale »¹²⁰⁴. À cet effet, l'article 232 du Code de procédure civile permet au magistrat de « commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien »¹²⁰⁵. Le juge étant libre de choisir le technicien¹²⁰⁶, la Cour de cassation produit chaque année une liste des experts agréés à cet effet. En 2017, sept grandes spécialités ont été recensées :

- Agriculture/agro-alimentaire/animaux/forêts,
- Arts/culture/communication et médias/sport,
- Bâtiment/travaux publics/gestion immobilière
- Économie et finance,
- Industries,
- Santé,
- Médecine légale, criminalistique et sciences criminelles
- Interprétariat/traduction¹²⁰⁷.

Dans un monde globalisé, il est pourtant surprenant de ne trouver dans cette liste aucun domaine en référence aux cultures étrangères, à la sociologie, à l'anthropologie, voire... à la théologie. Le besoin de pédagogie et de compréhension interculturelle dans la justice a pourtant été constaté et recommandé¹²⁰⁸. À la suite d'Étienne LE ROY, nous empruntons sur ce point les con-

¹²⁰³ M.-A. FRISON ROCHE, « La procédure de l'expertise », in *L'expertise*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 87.

¹²⁰⁴ *Idem* (nous soulignons).

¹²⁰⁵ CPC, art. 232.

¹²⁰⁶ Cass. Civ. 2^e, 20 févr. 1964, *Bull. civ. II*, n° 168 : « À l'exception de certaines matières dans lesquelles la loi entend que les experts soient choisis dans une catégorie déterminée d'hommes de l'art, toute liberté est laissée au juge, qui peut nommer à ces fonctions toutes personnes qui, par leurs connaissances spéciales, lui paraissent capables de l'éclairer ».

¹²⁰⁷ V. Cour de cassation, « Liste des experts agréés par la Cour de cassation, année 2017 », en ligne : <https://www.courdecassation.fr/IMG//20170410_liste_experts_nationale_cour-de-cassation.pdf>.

¹²⁰⁸ E. LE ROY, « Pluralisme et universalisme juridique : propos d'étape d'un anthropologue du droit », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la dir. de P. KAHN, La documentation française, Mission de recherche "Droit et Justice", 2001, p. 227

clusions de deux magistrats du tribunal pour enfants de Paris suite à leur expérience avec des sachants¹²⁰⁹ :

« Qu’observe-t-on aujourd’hui ? Un idéal hautement proclamé d’universalisme, de tolérance, de respect de l’autre, lié à la philosophie des droits de l’homme, à une conception de la dignité humaine, qui conduit à dénoncer toute transgression, même étatique, à ces principes. [...] Simultanément, on assiste à la montée d’une aspiration à la reconnaissance identitaire de groupes de plus en plus nombreux, résultat d’immigrations de populations fuyant les combats ou la misère économique. À cette mutation qui ouvre le débat sur le multiculturalisme s’ajoute le réveil des identités, avec le danger d’un espace public largement “vampirisé” par des idéologies communautaires, différencialistes ou ethnicistes.

Face à cela, opposer intégration républicaine et reconnaissance identitaire est insuffisant. La question de savoir si nous sommes dans une société de métissage culturel est largement dépassé [sic]. [...] Notre expérience nous a fait comprendre et admettre la complexité de la situation de chacun dans la collectivité, nous a ouvert à une pensée non manichéenne, à une vision pluridimensionnelle du réel, à sa polymorphie faite de raison et d’émotion. Nous avons pris conscience d’un monde où “le logos ne s’oppose pas au mythos”, où la raison, loin de s’opposer aux passions et aux désirs les intègre ; où raison et culture doivent s’harmoniser »¹²¹⁰.

Cette nécessité de compréhension pour éviter les malentendus culturels¹²¹¹ consolide l’utilité des experts, y compris des experts religieux. Dans le cadre d’une collaboration pluridisciplinaire, l’intervention de sachants en théologie, voire de ministres du culte, permettrait d’aider les juges à démêler les données religieuses des données psychologiques ou sociales, et de s’approprier une compréhension globale de la situation qui leur est soumise. Ce serait rendre à la justice son humanisme grâce à l’expertise. Dans une certaine mesure, ce serait aussi en contrer l’agonie due à la naissance de « l’idéologie technicienne » que d’aucuns ont déplorée¹²¹². En matière familiale par exemple, la recherche de pédagogie a ainsi été introduite par une circulaire du 31 décembre 2010 créant une mesure judiciaire d’investigation éducative en matière familiale¹²¹³ insérée à l’article 1183 du Code de procédure civile¹²¹⁴. Intervenant « [d]ans le cadre d’une procédure d’assistance éducative, les informations et les préconisations contenues dans le rapport écrit doivent permettre au juge de vérifier si les conditions d’une intervention judiciaire sont réunies et de propo-

¹²⁰⁹ En l’occurrence, les magistrats avaient travaillé avec des « intermédiaires » d’origine africaine qui réalisaient régulièrement des mémoires ou des thèses sur des questions relatives à la différence culturelle.

¹²¹⁰ MAXIMY, BARANGER et MAXIMY, cités par E. LE ROY, « Pluralisme et universalisme juridique : propos d’étape d’un anthropologue du droit », *op. cit.*, p. 243.

¹²¹¹ V. *supra* n° 217, renvoyant au jugement du Tribunal pour enfants de Lyon du 17 mars 2016 cité et annexé par C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III], p. 33.

¹²¹² D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *APD*, 1997, n° 41, p. 149 (voir p. 158).

¹²¹³ Circulaire d’orientation du 31 décembre 2010 relative à la mesure judiciaire d’investigation éducative, *BOMJL* n° 2011-01 du 31 janv. 2011, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1034029C.pdf.

¹²¹⁴ « Le juge peut, soit d’office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d’information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d’une enquête sociale, d’examen médicaux, d’expertises psychiatriques et psychologiques ou d’une mesure d’investigation et d’orientation éducative ».

ser si nécessaire des réponses en termes de protection et d'éducation, adaptées à la situation des intéressés »¹²¹⁵. Ce service tend à aider le juge à évaluer la situation du mineur et de sa famille afin de caractériser les standards de l'article 375 du Code civil¹²¹⁶. Son caractère interdisciplinaire répond en théorie aux exigences de compréhension interculturelles susvisées : composé d'intervenants issus de plusieurs spécialités (psychologues, éducateurs, médecins, conseillers d'orientation, etc.), le service a vocation à apporter au magistrat qui le demande des éclairages sur la situation qui lui est soumise¹²¹⁷. Une note du 23 mars 2015 a ensuite précisé que « [c]e fonctionnement interdisciplinaire garantit la prise en compte des différentes dimensions personnelle, psychique, familiale et sociale des situations individuelles par les différents professionnels mobilisés et participe à l'objectivation de la situation »¹²¹⁸. *A priori* donc, rien ne s'oppose à ce que ces éclairages portent sur des questions religieuses ou culturelles, d'autant plus que la circulaire prévoyait un recours à des « modules d'approfondissement » lorsque le cas nécessite des informations supplémentaires portant sur une problématique spécifique. De manière non-exhaustive, il était précisé que ces modules puissent porter sur « l'approfondissement du système familial », « la maltraitance physique et psychologique », « les violences sexuelles intrafamiliales chez l'enfant », la santé, la sexualité du mineur, mais aussi sur « les références identitaires et culturelles du mineur et de sa famille »¹²¹⁹. Malheureusement, il a été constaté qu'en pratique, principalement pour des raisons budgétaires, les intervenants spécialisés dans le domaine culturel ou religieux étaient peu sollicités par les juridictions ou bien que le magistrat se trouvait seul face au choix du sachant¹²²⁰.

230. *L'amicus curiae*. Cet « expert pas comme les autres », selon l'expression de François TERRE¹²²¹, est consacré par la réforme J21 à l'article 431-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Depuis le 20 novembre 2016, « toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine » peut ainsi être sollicitée afin d'éclairer la

¹²¹⁵ Circulaire d'orientation du 31 déc. 2010 relative à la mesure judiciaire d'investigation éducative, *BOMJL* n° 2011-01 du 31 janvier 2011, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1034029C.pdf.

¹²¹⁶ Sur ces standards, v. *supra* n° 195.

¹²¹⁷ L. BELLON, « Les familles d'origine étrangère devant le juge des enfants ou l'altérité au risque du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, sous la dir. de B. BEIGNIER *et al.*, LexisNexis, 2015, p. 657.

¹²¹⁸ Note du 23 mars 2015 relative à la mesure judiciaire d'investigation éducative, *BOMJ* n°2015-04 du 30 avr. 2015, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1507871N.pdf.

¹²¹⁹ Circulaire d'orientation du 31 déc. 2010 relative à la mesure judiciaire d'investigation éducative, *BOMJL* n° 2011-01 du 31 janv. 2011, en ligne : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1034029C.pdf.

¹²²⁰ Sur ce point, v. C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III], p. 33.

¹²²¹ F. TERRÉ, *JCP G*, 1991, n° 45, II, p. 21752, note sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991.

Cour de Cassation sur la solution à donner à un litige¹²²². Celui-ci se présente alors « tantôt comme une mesure d’instruction proche de l’expertise tantôt comme une intervention permettant à une personne de faire valoir ses intérêts en qualité de tiers au procès »¹²²³. Dès lors, ne pourrait-on pas imaginer faire appel à un *amicus curiae* spécialisé dans les questions religieuses ? En réalité, parce qu’il constitue le « prolongement du tribunal »¹²²⁴, on peine à envisager la possibilité de désigner une entité religieuse en tant qu’*amicus curiae*. La laïcité et la séparation des Églises et de l’État s’opposeraient à ce qu’un point de vue d’ordre religieux soit susceptible d’influencer la décision du juge séculier. En revanche, sollicité afin d’apporter des éclairages à la juridiction sur une religion ou son histoire, sur une pratique religieuse ou sur un dogme, le caractère religieux de l’ami de la Cour posera moins de difficultés en termes d’indépendance. Au demeurant, dans cette hypothèse, la distinction avec l’expert s’en trouvera plus ténue et le débat dépasserait la question de la qualité de l’*amicus curiae* pour se concentrer sur sa nature¹²²⁵.

231. Il apparaît en somme que le magistrat se trouve tantôt seul face au choix de l’expert religieux, tantôt dépourvu d’expert pour des raisons budgétaires. Il n’est guère impossible d’imaginer que l’expert religieux n’est pas non plus sollicité dans un souci de neutralité. En ce qu’ils permettent au magistrat de s’appuyer sur les connaissances d’autrui, les standards juridiques impliquent une relation de confiance. Peut-être cette confiance pêche-t-elle dans le domaine religieux ? En effet, la crainte d’être accusé de partialité, ou peut-être celle de ne pas respecter les obligations nées du principe de laïcité¹²²⁶ sont très probablement constitutives d’obstacles conscients ou inconscients au recours à l’expert religieux.

232. Incompatibilité de l’expert religieux : la résurgence de l’appartenance religieuse. L’intervention mal ou non encadrée de l’expert religieux dans l’appréciation d’un standard pourrait en outre poser problème. Malgré les avantages susmentionnés liés à la compréhension cultu-

¹²²² Sur l’*amicus curiae*, v. aussi S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 33 éd., Dalloz, Précis, 2016, p. 458, n° 600 ; Y. LAURIN, « L’*amicus curiae* », *JCP G*, 1992, n° 31, doct. 3603.

¹²²³ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L’ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », *RTD Civ.*, 2005, p. 88. En outre, le sachant peut aussi être sollicité par l’expert commis par le juge. Dans cette hypothèse, la Cour d’appel de Douai a précisé que « Le recueil d’informations auprès de tiers, communément appelés “sachants”, par un expert n’est pas une audition ou une enquête » ; CA Douai, 23 nov. 2000, *Gaz. Pal.*, 2001. 1. 653, note OLIVIER.

¹²²⁴ S. MENÉTRAY, *L’amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 2010, p. 351, n° 460.

¹²²⁵ V. D. MAZEAUD, « L’expertise de droit à travers l’*amicus curiae* », in *L’expertise*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 110 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l’expertise », in *L’expertise*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 87 (voir p. 103).

¹²²⁶ Les tenants et aboutissants de ce principe étant, en pratique, souvent mal connus. Pour cette raison, le GIP Mission de recherche Droit et Justice, du Ministère de la Justice, a sollicité en 2016 une recherche portant sur « La laïcité dans la justice ». L’appel à projet précisait l’objectif de la recherche, c’est-à-dire de « déterminer si, aussi bien en tant qu’institution qu’en tant que juridiction, le service public de la justice réalise l’équilibre inscrit dans la loi du 9 décembre 1905 entre neutralité du service public et respect de la liberté religieuse de chacun ». Pour les résultats de cette étude, v. M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019.

relle ou culturelle, deux inconvénients majeurs peuvent déteindre sur le raisonnement : la globalisation de l'analyse au regard de l'appartenance religieuse et son corollaire, le défaut d'individualisation de la décision¹²²⁷. Au cœur de cette analyse globale peut se trouver une conception de la neutralité référencée autour d'une normalité statistique : si un groupement est d'ordinaire considéré comme dangereux – ou anormal –, il sera plus facilement frappé d'une présomption de dangerosité – ou d'anormalité. Aussi, la résurgence de l'appartenance religieuse se manifeste-t-elle à l'occasion de revendications négatives, c'est-à-dire lorsque la dimension religieuse est invoquée en défaveur de la personne concernée¹²²⁸. Cette posture générale fut, semble-t-il, celle de la Première chambre civile de la Cour de cassation¹²²⁹ chargée d'apprécier le standard de « gravité » de l'article 375 du Code civil¹²³⁰. En l'espèce, les magistrats du Quai de l'Horloge avaient considéré que la situation de l'enfant devait être analysée au regard de celle des autres enfants de la « secte », et non pas uniquement au regard de leur vécu personnel. L'appartenance du parent à la secte établissait une présomption de compromission grave des conditions du développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant. Le problème d'une telle ligne décisionnelle est qu'elle induit une résurgence de l'appartenance religieuse comme fondement de l'appréciation du standard juridique. En adoptant une grille d'analyse fondée sur une appréciation globale des pratiques du groupement religieux, la Cour construit une méthode en référence non pas à l'individu intéressé mais à sa communauté religieuse : l'analyse *in concreto* est opérée collectivement¹²³¹. Pourtant, les juges du fond avaient opté pour une meilleure individualisation de l'analyse, ce qui d'ailleurs épargna l'État français d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention. En effet, si la comparaison avec les autres enfants du groupement avait été faite par la première juge¹²³², le raisonnement au fond reposait – entre divers rapports de la DDASS et d'experts psychiatriques – sur des constatations factuelles propres aux enfants et somme toute relativement détachées de l'appartenance religieuse des parents¹²³³. Finalement, ce sont les motifs « pertinents et suffisants »¹²³⁴ développés

¹²²⁷ Ce problème de globalisation, de « communautarisation », dépasse sans doute la seule intervention de l'expert religieux mais s'en trouverait très probablement renforcé le cas échéant. Sur l'individualisation du droit de la famille en général, v. H. FULCHIRON et P. MALAURIE, *Droit de la famille*, 5 éd., LGDJ, 2016, p. 33, n° 35s.

¹²²⁸ Nous reprenons ici la distinction entre revendication négative et revendication positive effectuée par la Professeure Christelle Landheer-Cieslak ; v. C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 165, n° 228.

¹²²⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n° 94-05024, *D.* 1996. 239, note S. VITSE ; *Deffrénois* 1995. 1390, obs. MASSIP.

¹²³⁰ Sur ce standard prévu à l'article 375 du Code civil, v. *supra* n° 195.

¹²³¹ S. VITSE, « Conditions de l'assistance éducative pour des mineurs dont les parents sont affiliés à une secte », *D.*, 1996, p. 239, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995.

¹²³² La Juge aux affaires familiales avait remarqué en 1995 qu'au moins deux autres dossiers d'assistance éducative avaient été ouverts pour des enfants dont les parents appartenaient au groupe religieux « La Citadelle », groupement en question dans cette affaire ; Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, req. n° 35109/02, § 9.

¹²³³ Les rapports de la DDASS, repris par la Cour EDH, constataient que « les enfants au teint blême, au masque figé, ne manifestent aucune spontanéité, que leur éducation est essentiellement confiée “aux aînées Mme M. et Mme A.” et non à leurs parents ; qu'ils sont uniquement scolarisés par correspondance, coupés du monde extérieur présen-

par les juges du fond qui permirent de démontrer que la décision des juridictions françaises n'était pas fondée sur un préjugé. Deux remarques s'imposent : premièrement, les juges du fond n'ont sollicité l'aide d'aucun expert religieux et pourtant leur raisonnement fut validé par la Cour européenne des droits de l'Homme. Secondement, les juges du droit ont adopté une posture de principe fondée sur une analyse globale de la situation et qui, en conséquence, induisait une résurgence de l'appartenance religieuse¹²³⁵. C'est pourquoi nonobstant la nécessité d'un certain degré d'analyse communautaire dans la construction du raisonnement, le juge ne pouvant pénétrer dans les foyers, l'intervention de cette échelle d'appréciation – aidée par les lumières d'un expert religieux ou en théologie – requiert une prudence particulière lorsque sont en cause des groupements religieux minoritaires, voire « sectaires ».

233. Cette résurgence de l'appartenance religieuse se manifeste aussi dans le cadre d'une revendication positive. Dans cette hypothèse, l'expert religieux pourrait être sollicité pour aider le juge à déterminer le bien-fondé d'une requête par l'évaluation de l'existence effective de la croyance au sein d'un dogme ou d'une religion. Cette résurgence est nette dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, s'appuyant peut-être sur ses propres connaissances en la matière¹²³⁶, confirma le rejet d'une demande de restitution de prélèvements *post mortem* en observant, non sans audace :

« que l'église catholique romaine, depuis Saint-Paul pour qui le corps des ressuscités possédera une condition différente du corps terrestre, ne semble pas exiger l'intégrité du cadavre enterré et, notamment, Saint-Augustin a précisé que les chairs et les membres de ces corps (morts) seront reconstitués intégralement, non seulement avec les restes qui sont dans la terre mais encore avec les éléments qui seront dispersés dans les replis les plus retirés d'autres organismes, et cette reconstitution se fera en un clin d'œil comme Dieu l'a promis ; que, de surcroît, il y a lieu également d'observer que depuis 1963, l'église catholique romaine accepte comme rite funéraire l'incinération des corps, ce qui laisse à penser que le caractère complet du cadavre enterré n'est pas une exigence de la foi catholique ; que la non-restitution des prélèvements effectués lors de l'autopsie n'est donc pas une atteinte à la liberté de penser, de conscience et de religion

té comme satanique ; que les activités ludiques sont particulièrement réduites et suspectes », Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, préc., § 9. Ces éléments étaient corroborés par des témoignages d'anciens adeptes dont on ne sait pas s'ils concernent les enfants concernés ou tous les enfants du groupement. En outre, la mesure de placement de l'enfant avait été prolongée suite à une décision très motivée, fondée sur l'avis d'experts psychiatres qui avaient constaté la pratique religieuse personnelle des parents : « l'expert poursuit que la dangerosité est en rapport direct avec l'application stricte de la conception religieuse sans concession et sans remise en cause et qu'à ce titre » (Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, préc., § 12).

¹²³⁴ Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, préc., § 95.

¹²³⁵ L'ensemble de cette affaire laisse à penser qu'*in fine* tout est une question de motivation. La méthode de motivation des arrêts de la Cour de cassation, avant la réforme engrangée en 2016 par le Président Louvel, permet de par sa généralité une analyse globale des situations et ouvre la voie à la résurgence de l'appartenance religieuse. Sur la motivation et le contrôle de proportionnalité, v. *infra* n° 477s.

¹²³⁶ Connaissances profanes s'il en est, compte-tenu de la précision liminaire apportée par la Haute juridiction aux motifs de sa décision dans laquelle elle reconnaît son incompétence pour « discuter et arbitrer en matière de théologie ».

définie et protégée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme »¹²³⁷.

Une telle appréciation de la requête en fonction des dogmes d'une communauté religieuse déterminée est problématique. Elle n'est pour autant pas isolée. Aussi, de manière plus nuancée, certains juges ont-ils apprécié l'existence d'un intérêt légitime au changement de prénom par référence aux dogmes d'une religion. À l'occasion d'une affaire dans laquelle le requérant invoquait son droit à la liberté de religion pour changer son prénom en Mourad, la Cour d'appel d'Orléans avait admis pour preuve de la réalité de sa croyance¹²³⁸ des témoignages émanant d'autorités religieuses de sa communauté¹²³⁹. Or, « il est une chose d'autoriser un changement de prénoms pour des raisons d'identification par rapport à une communauté ethnique ou de statut personnel [...]. Il en est une autre de l'autoriser pour des raisons religieuses propres à cette communauté »¹²⁴⁰. En effet, par cette vérification au regard de la pratique de l'islam, la Cour d'appel d'Orléans transformait l'appréciation de l'intérêt légitime en appréciation de l'intérêt religieux¹²⁴¹. Ce faisant, les juridictions relativisent la portée du principe de séparation des Églises et de l'État en faisant du juge une forme de bras séculier de l'Église, ce que les partisans de la sécularisation ont longuement combattu jusqu'à l'adoption de la loi de 1905¹²⁴². Elles relativisent également l'aura de la liberté de religion en offrant une appréciation tronquée de son étendue¹²⁴³.

¹²³⁷ Cass. Crim., 18 janv. 2011, n° 10-83386.

¹²³⁸ Qui diffère de la réalité de son *sentiment religieux* et qui en l'espèce n'était par ailleurs pas contestée.

¹²³⁹ CA Orléans, 23 janv. 1992, *Jurisdata* n° n° 1992-041527, *JCP* 1993.II.22065, note E. DE MONREDON.

¹²⁴⁰ E. DE MONREDON, *JCP G*, 1993, n° II, 22065, note sous CA Orléans, 23 janv. 1992, *Jurisdata* n° 1992-041527. Sur la première partie du propos, cf : Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1965, *D.* 1965, 216 ; *JCP G*, 1965.II.14064, concl. LINDON ; *RTD civ.* 1965. 335, obs. DESBOIS ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 1979, *JCP G*, 1979. IV. 382 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 495, note J.M. ; CA Paris, 20 nov. 1987, *D.* 1988. 30 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, *JCP G*, 1989. IV. 173 ; CA Versailles, 26 juin 1989, *Jurisdata* n° 1989-044026 ; CA Versailles, 12 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 417, note ESTOUP ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1990, *JCP G*, 1990. IV. 141 ; *Gaz. Pal* 1990, 2, somm. 489, note J. MASSIP ; CA Versailles 14 nov. 1991, *D.* 1992, rap. 16 ; CA Montpellier, 5 mai 2003, n° 02/05335, *Jurisdata* n° 2003-222723 ; CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2015, *Jurisdata* n° 2015-003434.

¹²⁴¹ En ce sens, E. DE MONREDON, *JCP G*, 1993, n° II, 22065, note sous CA Orléans, 23 janv. 1992, *Jurisdata* n° 1992-041527. V. également Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2003, n° 00-20961, *Jurisdata* n° 2003-017767 ; CA Montpellier, 19 avr. 2007, *Jurisdata* n° 2007-334941.

¹²⁴² L'incompétence des tribunaux dans l'interprétation des dogmes et dans l'appréciation de la pratique religieuse du requérant par rapport à ces dogmes existe aussi aux États-Unis d'Amérique ; sur ce point, v. A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28, en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity> et les références visées : « Secular courts do not have the institutional and epistemological competence to pass judgements on such matters. [...] In the United-States, [...] some scholars have conceptualized this lack of competence as a jurisdictional disability, akin to a separation of spheres between religion and government ». Pour le Canada, v. l'arrêt CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 45 : « courts are not arbiters of scriptural interpretation ».

¹²⁴³ En calquant la recherche d'une atteinte à la liberté de religion sur la conformité de la requête aux dogmes de la communauté, la Cour de cassation fait une application erronée de la grille d'analyse suggérée par la Cour européenne des droits de l'homme ; v. Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, § 82 : « Pour être qualifié de “manifestation” au sens de l'article 9, l'acte en question doit être étroitement lié à la religion ou à la conviction. Des actes du culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue en constitueraient un exemple. Toutefois, la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type : l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au vu des circonstances de chaque cas ».

234. L'utilisation des standards juridiques pour la mise à distance des convictions religieuses du raisonnement judiciaire pose donc problème lorsque ces outils sont mal utilisés ou qu'ils le sont de manière incomplète. D'autant qu'au-delà de ces limites, on peut douter de l'opportunité de l'éviction du religieux des décisions de justice : en procédant de la sorte, c'est la liberté que l'on met de côté et l'égalité que l'on désoriente (**Section 2**).

*

*

*

d'espèce. En particulier, le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question» (nous soulignons) ; v. également Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabih c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 78 ; Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 111 ; Cour EDH, *Osmanoglu et Kokabas c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12, §§ 41-42.

SECTION 2 – UNE EVICTION CONTESTABLE

235. Faiblesses. Bien que nous en comprenions les raisons et la mise en œuvre, la technique juridictionnelle d'éviction des convictions religieuses du justiciable de la décision de justice nous a paru contestable en deux points : axiologiquement d'abord, eu égard au principe d'égalité (I), juridiquement ensuite, particulièrement au regard de la liberté de religion (II).

I. UNE LIMITE AXIOLOGIQUE : LE PRINCIPE D'EGALITE

« L'égalité divise tout autant qu'elle trouble : insaisissable et fuyante, elle se révèle capricieuse, voire franchement caractérielle ; elle captive alors par sa versatilité »¹²⁴⁴.

236. L'égalité, une notion réversible. Plurielle, la notion juridique d'égalité varie d'un système juridique à l'autre, d'un État à l'autre. Elle peut être comprise différemment selon « l'orientation que l'on choisit de lui attribuer »¹²⁴⁵, mais pourrait néanmoins être résumée de la manière suivante : « ce qui est essentiellement semblable doit être traité de manière identique ; ce qui est essentiellement dissemblable doit être traité de manière différente »¹²⁴⁶. Derrière l'unicité du mot se révèlent donc deux facettes de l'égalité, deux façons d'interpréter la notion. La première facette, l'égalité dite *formelle* ou abstraite, constitue la conception dominante en droit français ; ses bases sont le principe d'universalité du droit et rejet du pluralisme juridique. *La loi doit être la même pour tous*¹²⁴⁷. La seconde, égalité plutôt *matérielle* (ou substantielle, concrète), repose à l'inverse sur une exigence pratique, pragmatique, d'égalité et se fonde sur les réalités sociales et économiques. Ainsi entendue, l'égalité est « opposable au contenu de la loi »¹²⁴⁸ et devient un objectif de l'application de la règle de droit. Cette facette matérielle de l'égalité permet de prendre en considération les différences entre les individus pour distinguer des inégalités de fait, c'est-à-dire des inégalités « de situation créée[s] par le jeu de catégorisation inhérent au système de droit »¹²⁴⁹.

¹²⁴⁴ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, 2015, [th. : Strasbourg : 2014], p. 7, n° 1.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, p. 7, n° 1.

¹²⁴⁶ O. JOUANJAN, « Égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 585.

¹²⁴⁷ Art. 6 de la DDHC.

¹²⁴⁸ D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne. Étude comparative », *RDUS*, 1980, n° 2, vol. 10, p. 417.

¹²⁴⁹ G. KOUBI et G. GUGLIELMI, « Introduction », in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000, p. 7.

« Alors que la conception formelle de l'égalité [...] impose [aux juges] d'être "aveugles" aux particularités religieuses des individus dans l'application de la règle de droit civil, une appréhension matérielle de ce concept permettant d'instituer un droit subjectif à l'égalité peut leur permettre de prendre en considération une identité religieuse particulière pour s'assurer qu'elle n'a pas été entravée et que la partie qui l'exprime jouit pleinement de sa liberté de religion, même si elle a choisi des convictions religieuses minoritaires sur le territoire national »¹²⁵⁰.

237. Cette versatilité du principe d'égalité est donc propice aux postures axiologiques. Selon la conception adoptée par un système juridique, c'est toute la protection de l'égalité qui varie dans sa mise en œuvre. En France, la conception formelle de l'égalité qui a été retenue révèle pourtant certaines limites dans l'appréhension et la protection des convictions religieuses. Ces limites tiennent aussi bien à la nature même du concept d'égalité (A), qu'à son évolution (B).

A. Limites tenant à la nature du concept d'égalité

238. Le choix d'une égalité formelle. Par sa réversibilité, le principe d'égalité n'est pas « un principe juridique comme les autres »¹²⁵¹. En France, sa compréhension s'est inscrite dans une logique formelle, préférence affirmée tant par le Conseil constitutionnel¹²⁵² que par le Conseil d'État¹²⁵³. En considérant que le principe d'égalité n'obligeait pas à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans des situations différentes, les deux Hautes juridictions ont consacré la prédominance de l'égalité formelle en droit français sans toutefois interdire tout traitement distinct à des situations différentes¹²⁵⁴. Il n'existe en conséquence pas de droit à la différenciation ; celle-ci demeure une faculté, et non une obligation. La mise en œuvre d'une conception matérielle de l'égalité n'est donc pas interdite mais la question de son emploi est laissée en suspens.

¹²⁵⁰ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 138, n° 193.

¹²⁵¹ O. JOUANJAN, « Égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 585.

¹²⁵² CC, déc. n°2013-669 DC, 17 mai 2013, cons. 15 à propos de l'égalité : « si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes » ; *D.*, 2013, 1643, chron. F. DIEU ; *AJ fam.*, 2013, 332, étude F. CHÉNEDE ; *RTD civ.*, 2013, 579, chron. J. HAUSER ; *RFD Const.*, 2014, n°97, p. 127, note T. LAJOINIE.

¹²⁵³ CE, Ass., *Société Baxter et autres*, 28 mars 1997, n° 179049, 179050, 179054 ; *RFDA*, 1997, 460, obs. F. MELINSOUCRAMANIEN ; *RFDA*.1997.458 concl. BONICHOT ; CE, *Union des familles en Europe*, 20 avr. 2005, *AJDA*. 2005.2232 note BURGORGUE-LARSEN.

¹²⁵⁴ CC, déc. n° 96-375 DC, 9 avr. 1996 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

239. Bien qu'elle ne s'y limite pas, l'égalité est le corollaire du principe de non-discrimination¹²⁵⁵. Aussi, en pratique l'égalité formelle s'est-elle imposée dans le contentieux de la discrimination, imposant de rechercher l'analogie de deux situations pour y détecter une éventuelle différence de traitement injustifiée. On a ainsi pu dire de l'interdiction d'adoption d'enfants bénéficiant d'une *kafala*¹²⁵⁶ qu'elle pouvait être génératrice de discriminations quand, *de facto*, leur situation était la même que celle des enfants nés sur le territoire français, mais que leur statut personnel était différent¹²⁵⁷. Dans une affaire soumise à l'examen de la Cour de cassation¹²⁵⁸ il était question d'une enfant née en Algérie, recueillie deux mois après sa naissance et ayant vécu dès son plus jeune âge sur le territoire français, à qui on refusait l'adoption au motif qu'elle bénéficiait déjà d'une décision de *kafala*. En réalité, excepté son lieu de naissance, l'enfant était concrètement dans une situation somme toute équivalente à celle de n'importe quel autre enfant ayant grandi sur le territoire français (à la différence qu'il y serait né), et qui, lui, pourrait bénéficier d'une adoption. Invariable, la Cour de cassation refusa la requête en adoption plénière, conformément à sa jurisprudence antérieure.

« Sans doute consid[érait]-t-elle qu'en réalité il n'y a pas de situation identique ou équivalente entre un enfant dont la loi nationale prohibe l'adoption et un enfant dont la loi nationale ne la prohibe pas ; il ne pourrait donc y avoir de discrimination à traiter différemment des enfants qui ne sont pas placés dans la même situation »¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Toute inégalité n'est pas une discrimination. Cette dernière requiert la réunion d'un certain nombre de critères afin d'être caractérisée, si bien qu'elle figure comme une composante de l'égalité. Les deux notions se distinguent en outre de par leurs effets : alors que le principe d'égalité « a un effet général et fondateur », le principe de non-discrimination « se contente d'un effet contingent et correcteur » (F. LE DOUJET-THOMAS, *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, ANRT (Atelier national de reproduction des thèses), 2004, p. 14). V. également la Préface de G. SOULIER à la thèse de R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003 : « comme dans une structure en abîme : l'égalité comme absence de discrimination ; la discrimination comme violation de l'égalité » (p. V) ; M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976, pour qui les principes de non-discrimination et d'égalité sont les « deux facettes d'une même réalité, mais qui est formulée tantôt de manière positive, tantôt de manière négative » (p. 37).

¹²⁵⁶ La *kafala* est une institution de droit islamique qui permet de pallier la prohibition coranique de l'adoption. Elle « se définit comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un mineur » (Cour EDH, *Harroudj c. France*, 4 oct. 2012, req. n° 43631/09, § 16). La fréquence du recours à ces actes pose la question de leur équivalence, notamment dans le cadre de litiges internationalisés, avec l'adoption au sens du droit français.

¹²⁵⁷ Cf. l'article 370-3 al. 2 du Code civil : « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

¹²⁵⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 févr. 2009, n° 08-11033, *JCP G*, 2009, II, 10072, comm. A. GOUTTENOIRE. Cette décision fut rendue dans la continuité de la solution fermement affirmée par la même chambre trois années auparavant : cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2006, n° 06-15264, *JCP G*, 2007, 10072, note Y. FARGES, *JCP G*, 2007, I, 170, obs. J. MASSIP, adde H. FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut », *D.*, 2007, p. 816. Solution par la suite réaffirmée, cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2010, n° 09-10439 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n° 09-68504, *Dr. fam.*, 2011, n° 62, obs. M. FARGE. Cette solution fut ensuite confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Cour EDH, *Harroudj c. France*, 4 oct. 2012, req. n° 43631/09.

¹²⁵⁹ A. GOUTTENOIRE, « Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux », *JCP G*, 2009, II, p. 10072.

La démarche de la Cour s'analyse ici, selon Adeline GOUTTENOIRE, comme une négation de la réalité de la *kafala* mais aussi de la situation des enfants, générant alors un régime peu protecteur pour ceux-ci ainsi que pour leur avenir (la *kafala* ne crée pas de lien de filiation, l'enfant ne bénéficiera d'aucun droit dans la succession du *kafil*). En l'espèce, considérer que le refus de transformer une *kafala* en adoption plénière n'était pas discriminatoire revenait à nier la réalité du mode de vie de l'enfant dont l'unique rattachement à l'Algérie était le lieu de naissance. Or, « le lieu de naissance ne peut suffire à placer les enfants dans des situations différentes »¹²⁶⁰. On le voit bien : le raisonnement issu d'une conception formelle de l'égalité s'articule autour de la recherche d'une situation analogue dans les faits, pour y distinguer une inégalité dans le droit.

240. Une conception substantielle de l'égalité se construirait à l'inverse sur le constat d'une situation analogue en droit conduisant à une inégalité dans les faits. Mais ce modèle n'est pas valorisé en France, où le droit demeure très attaché au principe d'égalité des citoyens devant la loi, ce dernier étant garanti par l'unité du droit. Néanmoins, le développement des droits de l'homme contribue à nourrir la critique de cette conception de l'égalité aveugle à la réalité concrète.

« Pour la plupart des juristes français, il est nécessaire à la majesté de la loi républicaine, porteuse d'idées généreuses et fraternelles mais abstraites, qu'elle soit impitoyablement appliquée sans tenir le moindre compte de la cruauté particulière des conséquences qu'elle peut entraîner pour des personnes que les mille hasards de la vie en société ont placées en porte à faux »¹²⁶¹.

En matière religieuse, certains auteurs ont en ce sens remarqué qu'il existait une contradiction entre le postulat juridique d'égalité des religions et la réalité de leur traitement¹²⁶². L'égalité formelle créerait des inégalités implicites dans la pratique en générant un traitement différencié – y compris des religions – qui ne serait pas gravé directement dans la loi mais résulterait de son application¹²⁶³. « Le constat est simple : un traitement égal n'implique pas nécessairement un traitement identique ; au contraire, l'uniformité est une des voix de l'inégalité »¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ *Ibid.* En matière sociale, la Cour de cassation avait quant à elle considéré, au visa de l'article 14 de la CEDH et de l'article 1 du Premier protocole additionnel, « qu'il résulte de la combinaison de ces textes, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, que les États signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale ». Par ces motifs, elle jugeait que le refus d'une allocation de solidarité uniquement fondée sur la nationalité étrangère de l'intéressé n'était pas justifiée alors qu'il remplissait toutes les conditions exigées pour l'attribution de cette prestation (Cass. Soc., 14 janv. 1999, n° 97-12487 ; v. aussi Cass. Soc. 2 déc. 1999, n° 98-17350). Cf. R. DE GOUTTES, « L'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 347.

¹²⁶¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ.*, 2014, p. 307.

¹²⁶² P.-H. PRÉLOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, 2001, p. 737.

¹²⁶³ *Idem.*

¹²⁶⁴ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.*, p. 227, n° 443. V. également, O. JOUANJAN, « Égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS,

En effet, la loi générale et abstraite est conçue pour embrasser la globalité. Le problème de ce positionnement *in abstracto* est qu'il repose sur une conception « normalisée » de l'individu¹²⁶⁵, c'est-à-dire détachée de ses particularités mais en référence à un modèle général et abstrait de comportement humain. L'inégalité formelle fait abstraction du choix individuel ; elle n'est pas faite pour appréhender l'exercice par la personne de sa faculté d'autodétermination et, en matière religieuse, des convictions de l'intéressé. Un tel détachement n'offre pas à la liberté de religion l'appréhension de la pluralité de ses manifestations, tant dans la forme qu'elles revêtent que dans l'intensité de la croyance qu'elles traduisent. Ne faudrait-il pas faire prévaloir une conception matérielle de l'égalité pour assurer l'effectivité de la liberté de religion et mettre fin aux traitements différenciés constatés en pratique ? Si faire abstraction des différences au nom de l'égalité formelle conduit à un rejet en bloc du réel, on a pu se demander « jusqu'à quel point le Droit [pouvait] nier la réalité »¹²⁶⁶. Cette réalité est-elle vraiment niée ? Ne se trouve-t-elle pas davantage dans l'existence d'une conception matérielle de l'égalité que l'application du droit rend... incidente ?

241. L'existence d'une égalité matérielle incidente. L'égalité matérielle ne semble pas totalement exclue du droit français et se révèle de manière incidente par le biais des standards juridiques. Le postulat de départ est le suivant : la démarche positive d'une personne souhaitant voir reconnaître juridiquement un comportement qu'elle estime nécessaire au nom d'une conviction particulière s'inscrit dans le cadre d'une conception matérielle de l'égalité dès lors que c'est en raison de ses convictions particulières que la personne requiert cette reconnaissance juridique¹²⁶⁷. Partant, si une juridiction accède à sa requête, elle aura alors accordé une application spécifique de la loi à la personne en considération de critères particuliers, tenant par exemple à des considérations relevant des convictions religieuses de l'intéressé. Si sur le plan théorique, une telle posture apparaît incompatible tant avec le principe de neutralité qu'avec le principe d'égalité tels qu'ils sont compris en droit français, elle est pourtant perceptible de manière indirecte lorsque le juge octroie à une personne le bénéfice d'un droit au nom d'un standard juridique. Le recours au conséquentialisme de fait, inhérent à l'utilisation des standards juridiques, constitue en effet un levier d'utilisation jurisprudentielle d'une conception matérielle de l'égalité. En considérant les

PUF, 2003, p. 585 : « C'est là, sans doute, l'antinomie de l'égalité : à faire abstraction des critères d'appartenance des personnes, elle contribue à rendre les droits fondamentaux, dont elle est le principe même de répartition (égalité des droits), des libertés largement formelles dont l'exercice tend à devenir effectivement inégalitaire ».

¹²⁶⁵ D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualités et droit*, sous la dir. de D. BORRILLO, PUF, 1998, p. 40.

¹²⁶⁶ J. SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *RIDC*, 1987, n° 1, p. 43.

¹²⁶⁷ Cf. J. VANDERLINDEN, « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positif, Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 17, p. 53, Bruylant, 2010, p. 53.

conséquences factuelles d'une conviction religieuse, le juge apprécie en réalité si elles sont de nature à faire jouer ou non l'application du standard juridique correspondant, et donc de la loi. Il peut donc arriver que des convictions religieuses influencent, comme dans le contentieux du changement de prénom, l'application d'une règle de droit. Avant la loi du 18 novembre 2016, l'article 60 du Code civil prévoyait en effet que « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom ». Le juge qui reconnaissait l'existence d'un intérêt légitime à ce changement – lorsque la requête était fondée sur les exigences de sa pratique religieuse par l'intéressé – mettait donc en œuvre une forme d'égalité matérielle au regard des convictions religieuses. Aussi, dans une affaire soumise à l'examen de la Cour d'appel de Grenoble, le demandeur avait été débouté de sa requête en changement de prénom par une première cour au motif selon lequel son intérêt légitime résidait dans sa qualité de français et qu'il n'était pas établi que conserver un prénom français lui faisait perdre sa vocation successorale en Algérie. Lors de sa réintégration en France quelques années auparavant, il avait en effet choisi le prénom de Daniel. Mais parce qu'il avait par la suite fait le choix de vivre dans les cadres de la religion musulmane, il saisit les juridictions françaises dans le but de se prénommer, à l'avenir, Mohamed. La Cour de cassation avait sanctionné l'arrêt des premiers juges, estimant que ces derniers n'avaient pas recherché si l'état de fait n'était pas constitutif en l'espèce d'un intérêt légitime (et notamment, ce qu'invoquait le demandeur devant la cour de renvoi, « la difficulté d'intégration du fait de son prénom à son propre milieu familial et religieux, son intérêt personnel religieux, familial et moral »). Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Grenoble considéra alors que le port d'un prénom non islamique présentait des inconvénients pour le demandeur en raison de « la radicalisation des apparences d'appartenance » en Algérie depuis 1975¹²⁶⁸. Dès lors, le standard juridique de l'intérêt légitime permit aux juridictions de prendre en considération l'appartenance religieuse du demandeur et d'y conférer des conséquences juridiques en raison de l'état de fait créé par la situation : si cet état de fait n'avait pas porté atteinte à son intégration personnelle au sein de sa famille (ce qui relève somme toute du droit à la vie privée et familiale effective), l'intérêt légitime n'aurait pas été constaté. L'égalité matérielle est mise en œuvre de manière incidente, et les standards offrent au droit un point d'ancrage à la réalité.

242. L'égalité, une notion bicéphale ? Telle une pièce de monnaie dont l'une des deux faces ne peut apparaître si l'autre est exposée, la notion juridique d'égalité ne doit-elle se comprendre que d'une manière formelle, ou d'une manière substantielle ? Ne pourrait-on pas davantage la voir à la manière d'un diptyque dont les deux faces, jointes, se répondent autant qu'elles se protè-

¹²⁶⁸ CA Grenoble, 13 juin 2000, n° 99/01883.

gent ? Plutôt que d'appeler à choisir entre égalité formelle et égalité matérielle, Manuela BRILLAT, propose en ce sens de les comprendre de manière complémentaire. Selon elle,

« L'égalité de fait [serait] le complètement essentiel de l'égalité en droit pour la réalisation complète du principe d'égalité dont ces deux notions découlent : l'une ne peut aller sans l'autre au risque de rendre ce principe bancal »¹²⁶⁹.

Il s'agirait d'orienter la compréhension de l'égalité autour de la valeur de l'être humain et de promouvoir un vivre-ensemble dans la paix sociale. Une conception bicéphale de l'égalité permettrait ainsi d'assumer une prise en compte explicite des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire, d'intégrer de la flexibilité dans l'application du droit positif, tout en conservant les fondements d'une conception formelle de l'égalité au stade de l'élaboration de la loi. Une telle conception semble d'ailleurs en adéquation avec l'évolution de la compréhension française de l'égalité à l'aune du droit européen des droits de l'homme (B).

B. Limites tenant à l'évolution du concept d'égalité

243. De l'interdiction de l'équité. Au sein de notre système juridique règne le principe de la primauté de la règle de droit : l'article 12 du Code de procédure civile impose au juge de trancher le litige qui lui est soumis en respectant les termes du droit légiféré. Il lui est défendu, selon la formule de Jean FOYER, de « substituer sa volonté à la volonté générale qu'il appartient à la seule représentation nationale d'exprimer »¹²⁷⁰. Ce principe de primauté de la loi interdit indirectement le recours par les magistrats à l'équité : c'est la loi qui s'impose à eux. Aussi, a-t-on pu dire de l'équité des tribunaux que le droit français y est « allergique »¹²⁷¹. Serait-ce parce qu'« à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable »¹²⁷² ? Notre droit fourmille pourtant de notions ne se prêtant pas à une définition exhaustive... C'est, semble-t-il, d'abord en raison de sa nature qu'elle est évincée : « L'équité est avant tout un sentiment »¹²⁷³.

Notion chère à ARISTOTE, elle est dominée par une dimension « essentiellement morale, émotionnelle »¹²⁷⁴, à l'idée du juste, de la souplesse... Elle est présentée comme l'antipode de la loi écrite, rigoureuse, prévisible, garante de la sécurité juridique. Laissée aux mains des tribunaux, l'équité renvoie au pouvoir modérateur, « profondément subjectif et donc potentiellement arbitraire »¹²⁷⁵, du juge, et dont l'héritage historique – *Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements*¹²⁷⁶...

¹²⁶⁹ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, 2015, [th. : Strasbourg : 2014], p. 381, n° 748.

¹²⁷⁰ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 20.

¹²⁷¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 96, n° 102.

¹²⁷² H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges - L'équité en face du droit*, Sirey, Bruylant, 1931, p. 161.

¹²⁷³ P. JESTAZ, « Équité », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 3.

¹²⁷⁴ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

¹²⁷⁵ P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 96, n° 102.

– explique que le droit privé français cherche à en tempérer la portée. De surcroît, l'équité est évitée parce qu'elle permet d'écarter le Droit ; c'est d'ailleurs « sa fonction la plus classique et la plus pure »¹²⁷⁷. Mieux, « [e]lle se traduit par le jugement d'équité qui manifeste l'indépendance, voire la rébellion du magistrat contre la norme qu'il est chargé d'appliquer »¹²⁷⁸. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle considéré que toute décision qui se fonderait officiellement et exclusivement sur l'équité pour écarter un texte encourrait la censure¹²⁷⁹. *Dura lex, sed lex*. Mais récemment, la tendance à admettre l'équité se serait accentuée et notre droit assisterait ainsi, depuis une vingtaine d'années, à un « retour en grâce du jugement selon l'équité »¹²⁸⁰ ; méthode que CAPITANT considérait comme « l'une des plus radieuses formules de justice dont on ait, depuis la Grèce et Rome, illuminé l'espoir des sociétés humaines »¹²⁸¹. Cette acceptation, se fraie une place encore embryonnaire, difficile à reconnaître explicitement. Elle est toutefois susceptible d'entraîner avec elle (et sous l'influence du droit européen des droits de l'homme) l'admission d'une conception matérielle de l'égalité que la « fondamentalisation » des branches du droit¹²⁸² aiguille et légitime.

244. Au contrôle de proportionnalité. L'équité est synonyme de *juste proportion* et d'*égalité* ; autrement dit, de principes où, selon Philippe JESTAZ, « prédomine le bon sens »¹²⁸³. À notre époque, ces termes sont loin d'être inconnus du langage des juristes français, imbibé de celui de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ils le sont d'autant moins lorsque l'on considère que « [l]e domaine de l'équité semblerait être celui dans lequel prédomine l'aspect humain du litige »¹²⁸⁴. Dès lors, le rayonnement du droit européen des droits de l'homme, ainsi que de la méthode qui lui est associée, semblent constituer un vecteur d'admission d'une certaine forme d'équité en droit français. N'entendons pas rimer les exigences européennes de « juste équilibre » et de « contrôle de proportionnalité » avec cette forme particulière d'équité qui repose sur la « juste proportion » ? En France, la Cour de cassation a d'ailleurs amorcé officiellement depuis 2015 une réforme destinée à intégrer dans ses décisions un mécanisme de contrôle de propor-

¹²⁷⁶ Sous l'Ancien Régime, la brièveté argumentative des décisions de justice, rarement motivées, a contribué à nourrir la méfiance envers les juges civils. Celle-ci, ne permettant pas l'explicitation de la rationalité de la décision rendue, confinait en effet à l'arbitraire. Sur ce point, v. par ex. C. OTERO, « Écrire pour dialoguer ou se rebeller ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2014/2, p. 229.

¹²⁷⁷ P. JESTAZ, « Équité », *op. cit.*, p. 7.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁷⁹ Cass. Civ., 16 mars 1937, *S.* 1937. 1. 184 : « [...] le juge de paix ne peut pas arbitrairement, sous prétexte d'équité, faire abstraction des liens de droit existant entre les parties [...] » ; v. aussi Cass. Soc., 23 janv. 1948, *JCP* 1948.II.4229 ; Cass. Civ., 2 déc. 1947, *GAZ. PAL.* 1948.1.36, *RTD Civ.*, 1948.332 obs. H. et L. MAZEAUD.

¹²⁸⁰ J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 302.

¹²⁸¹ H. CAPITANT, *RTD Civ.*, 1928, p. 371.

¹²⁸² M. TETU, « Le client roi : le fait religieux en entreprise au regard du droit de l'Union Européenne », *À paraître*.

¹²⁸³ P. JESTAZ, « Équité », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 3 (voir p. 5).

¹²⁸⁴ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p. 111.

tionnalité inspiré du droit de la CEDH¹²⁸⁵. Cette logique, la Haute juridiction française n'a toutefois pas attendu 2015 pour commencer à l'assimiler, comme lorsqu'elle s'est livrée en 2013 à la pesée, quoique *indirecte*, des intérêts en présence dans le cadre d'une affaire de mariage incestueux entre un beau-père et sa bru. Cette mise en balance, évoquée mais demeurée masquée derrière une construction syllogistique classique, l'avait conduite en l'espèce à écarter une disposition légale française au bénéfice d'une situation de fait¹²⁸⁶. Afin d'éviter la censure européenne à la suite de l'arrêt *B. L. c. Royaume-Uni*¹²⁸⁷, dans lequel la Cour EDH avait qualifié d'atteinte excessive au droit au mariage l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa belle-fille, la Cour de cassation avait écarté l'application *in casu* de l'article 161 du Code civil au nom du droit au respect de la vie privée. En l'espèce, l'annulation du mariage aurait revêtu, selon la Cour, « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans oppositions, avait duré plus de vingt ans »¹²⁸⁸. Dans cette affaire, l'application inflexible des textes français conduisait – outre à une probable condamnation de la France par la Cour de Strasbourg – à demeurer insensible aux conséquences dommageables de sa mise en œuvre sur les personnes et leur situation concrète. Mais si cet arrêt, constitutif d'une innovation méthodologique considérable, fait en ce sens échos aux mécanismes de l'équité, il doit au demeurant s'en distinguer. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés de l'article 161 du Code civil n'est en effet pas remis en question, mais seulement écarté du cas d'espèce (c'est d'ailleurs pour cette raison que la Haute juridiction s'était placée sous l'angle de l'article 8 et non de l'article 12 comme l'avait fait la Cour EDH)¹²⁸⁹. Celui-ci repose en outre sur un contrôle – certes implicite – de proportionnalité. Or, cette technique du contrôle de proportionnalité, explique Hugues FULCHIRON, « n'est pas un simple avatar de l'équité : il ne s'agit pas seulement de dire ce qui est juste (le fantasme du bon juge Magnaud), en mettant dans la balance des faits et des intérêts, mais d'assurer le respect des droits de l'individu »¹²⁹⁰. Aussi, ce contrôle de proportionnalité n'est-il pas un habillage du jugement en équité dès lors qu'il est fondé sur une base juri-

¹²⁸⁵ V. P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*, 2015, p. 2022.

¹²⁸⁶ La Cour EDH avait déjà été amenée à écarter une disposition légale au nom d'une disposition de la Conv. EDH (en matière de transsexualisme ou de droits successoraux de l'enfant adultérin par exemple), mais, comme le souligne H. FULCHIRON, elle agissait alors dans le cadre du contrôle de conventionalité de la règle elle-même. Elle n'avait jusqu'à présent jamais utilisé l'article 8 pour prendre une décision dans un cas particulier sans remettre en cause la règle de droit elle-même ; cf. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153.

¹²⁸⁷ Cour EDH, *B. L. c. Royaume-Uni*, 13 sept. 2005, req. n° 36536/02.

¹²⁸⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26006, *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ, *RTD Civ.*, 2014. 88, obs. J. HAUSER, *RTD Civ.*, 2014. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153.

¹²⁸⁹ La Cour de cassation ne manque d'ailleurs pas de le préciser : « en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ».

¹²⁹⁰ H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472 (nous soulignons).

dique qui est celle des droits fondamentaux, garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme¹²⁹¹. C'est précisément parce qu'il repose sur ces fondements qu'il se distingue du sentiment et de l'équité. En outre, parce que la technique du contrôle de proportionnalité instaure de la souplesse dans la mise en œuvre du droit, souplesse appelée par la nécessité de respecter les droits et libertés garantis à l'individu, elle se fait le corollaire de l'immixtion d'une conception matérielle de l'égalité.

245. Vers l'admission d'une conception matérielle de l'égalité : le droit français sous influence européenne. Le droit européen des droits de l'homme garantit l'égalité par le biais de l'article 14 de la Convention EDH, renforcé par le Protocole n° 12¹²⁹², tous deux faisant interdiction de la discrimination. Dans la mise en œuvre de cette protection au nom de l'égalité, la Cour européenne des droits de l'Homme a elle aussi fondé sa méthode d'analyse sur la recherche d'une différence de traitement dont l'absence de justification objective et raisonnable en révélerait le caractère discriminatoire¹²⁹³. Ce critère du traitement différencié était à l'origine compris par la Cour de Strasbourg selon une conception formelle de l'égalité, c'est-à-dire comme « une distinction introduite entre des situations analogues ou comparables »¹²⁹⁴. Seulement, elle a petit à petit dépassé la simple exigence d'égalité formelle, d'abord en *neutralisant* le critère de l'analogie des situations – comme elle a procédé dans l'arrêt *Frette*¹²⁹⁵ –, ensuite en mettant en œuvre l'exigence de proportionnalité – qui, selon Frédéric SUDRE, conduit nécessairement à une approche concrète de l'égalité de traitement¹²⁹⁶. Elle aurait parachevé ce dépassement de l'égalité formelle avec l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* dans lequel elle a considéré qu'il existait une « autre facette » du droit à la discrimination, et que celui-ci était transgressé lorsque « sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹²⁹⁷. Ce faisant, elle retenait une conception élargie de la discrimination en

¹²⁹¹ H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », 2016, p. 1376.

¹²⁹² Fait à Rome le 4 novembre 2000, le Protocole n° 12 instaure une interdiction générale de toute discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi, fondée « notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹²⁹³ Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juil. 1968, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

¹²⁹⁴ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, § 32 ; Cour EDH [plén.], *Van der Musselle c. Belgique*, 23 nov. 1983, req. n° 8919/80, § 46.

¹²⁹⁵ Cour EDH, *Frette c. France*, 26 févr. 2002, req. n° 36515/97.

¹²⁹⁶ Cf. F. SUDRE, « Rapport introductif », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesi, 2008, p. 17 (voir p. 34-35).

¹²⁹⁷ Cour EDH [G.C.], *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97, § 44. En l'espèce, le requérant avait été exclu de la profession d'expert-comptable parce qu'il avait été condamné pénalement à la suite de son refus, cinq années auparavant, de porter l'uniforme pour des motifs religieux (l'intéressé était Témoin de Jéhovah). Il se prétendait victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion : sanctionné pour l'expression de ses convic-

acceptant désormais de « prendre en compte la nature matérielle de la discrimination » et s’engageant dès lors dans « la voie de la protection d’une égalité substantielle »¹²⁹⁸.

246. En outre, elle aurait étayé cette reconnaissance progressive d’une conception matérielle, effective, de l’égalité dans la jouissance des droits fondamentaux en considérant que l’État est tenu d’une obligation d’adopter des mesures positives adéquates pour garantir l’exercice effectif de l’égalité de traitement¹²⁹⁹. En matière religieuse, les juges de Strasbourg ont en effet démontré leur attention envers l’existence « d’aménagements significatifs » à l’occasion de l’affaire *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*¹³⁰⁰. Saisie de la question de savoir si la Suisse portait injustement atteinte à la liberté de pensée, de conscience et de religion de parents – fervents pratiquants de la religion musulmane – en refusant de dispenser leurs filles des cours de piscine obligatoires à l’école, la Cour européenne avait retenu l’absence de violation de l’article 9 de la Convention notamment parce que des aménagements significatifs leur avaient été proposés. Lesdits aménagements, qui offraient la possibilité aux fillettes de couvrir leur corps d’un burkini pendant les cours de natation ainsi que de se dévêtir et de se doucher hors de la présence des garçons¹³⁰¹, réduisaient ainsi « l’impact litigieux de la participation des enfants aux cours de natation mixtes sur les convictions religieuses des parents »¹³⁰². En l’espèce, c’est parce que de telles mesures avaient été proposées que la liberté de pensée, de conscience et de religion des parents demeurait *effective*. Tout était en effet mis en œuvre pour que l’atteinte au droit soit minimale au regard du but invoqué : l’intégration des enfants étrangers de différentes cultures et religions ainsi que le bon déroulement de l’enseignement, le respect de la scolarité obligatoire et l’égalité entre les sexes¹³⁰³.

tions religieuses, il était placé sur le même plan que les délinquants ayant commis d’autres infractions majeures. La Cour EDH conclura à la violation de l’article 14 combiné à l’article 9, et ne manquera pas de remarquer dans l’examen de la proportionnalité que « contrairement à des condamnations pour d’autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l’uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l’intéressé à exercer cette profession. L’exclusion du requérant au motif qu’il n’avait pas les qualités requises n’était donc pas justifiée » (§ 47).

¹²⁹⁸ F. SUDRE, « Rapport introductif », *op. cit.*, spéc. p. 36 ; v. également l’arrêt Cour EDH [G.C.], *D. H. et autres c. République tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00.

¹²⁹⁹ Cour EDH, *Çam c. Turquie*, 23 févr. 2016, req. n° 51500/08, la cour y consacre l’obligation de procéder à des aménagements raisonnables pour corriger, au bénéfice des personnes handicapées, des inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constituent une discrimination.

¹³⁰⁰ Cour EDH, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12 ; *Dr. fam.* 2017, p. 33, comm. C. DELMAS.

¹³⁰¹ *Ibid.*, § 101.

¹³⁰² *Idem.*

¹³⁰³ Cour EDH, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, préc., § 64. On ne saurait toutefois crier à l’instauration d’une exigence européenne d’accommodements raisonnables à la québécoise. Celle-ci ne se dessine ici qu’en demi-teinte non seulement parce que la Cour n’y fait pas de référence explicite, mais également parce qu’elle se place sur le terrain de l’atteinte minimale au droit protégé. Le retentissant arrêt *Multani* aurait fait de la notion d’accommodement un instrument d’interprétation du test de proportionnalité, qui se diviserait en trois étapes : critère du lien rationnel, critère de l’atteinte minimale, critère de la proportionnalité. L’accommodement raisonnable n’interviendrait qu’au niveau infra-législatif, c’est-à-dire lors de la mise en œuvre de la législation sur les droits de la personne ; v. M. SUHAS, « L’obligation d’accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011,

247. Une conception formelle de l'égalité n'aurait pas conduit à imposer de tels aménagements pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'ils résultaient en droit helvétique d'une directive du canton de Bâle consacrée aux modalités de prise en compte des questions religieuses dans le cadre de l'école qui affirmait la nécessité de tenir compte de la manière dont l'*islam* conçoit la morale. À cet effet, la directive prévoyait la possibilité de dispenser les enfants desdits cours à partir de la puberté, soit à l'âge de 12 ans, ou d'enseigner les cours de natation séparément pour les filles et les garçons dès la 6^e année scolaire (soit vers 12 ans). Étaient donc introduites dans le droit du canton des dispositions spécifiques fondées sur une distinction d'appartenance religieuse : la directive envisageait des aménagements au regard des dogmes d'une religion en particulier. Ensuite, parce qu'une conception formelle de l'égalité s'oppose à ce que soient prises en considérations les *convictions religieuses* des individus pour que leur soit appliqué un traitement différencié. En l'espèce les parents avaient une pratique religieuse qui différait des dogmes « classiques » de l'*islam*, et se plaçaient dans un rapport plus personnel à la religion. Ils indiquaient que « même si le Coran ne prescrivait de couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, *leur croyance* leur commandait de préparer leurs filles aux préceptes qui leur seraient appliqués » plus tard¹³⁰⁴. C'est justement parce que les aménagements proposés étaient de nature à réduire l'impact de la mesure litigieuse sur ces convictions religieuses que l'obligation de suivre les cours de natation mixtes fut considérée comme conforme à l'article 9 de la Convention. Aussi, au nom de l'effectivité des droits fondamentaux, c'est bien une conception matérielle de l'égalité qui soutient l'ensemble du raisonnement mené par la juridiction européenne (mais aussi, dans une large mesure, par la Confédération suisse).

248. Cette reconnaissance se distingue toutefois d'une admission implicite du principe de discrimination positive. Celui-ci s'inspire – et dépasse – l'expression américaine d'« affirmative actions » qui désigne « un programme obligatoire de distribution préférentielle d'un bien ou d'une prestation [...] aux membres d'une minorité ou d'un groupe social défavorisé en vue de compenser l'inégalité sociale existante »¹³⁰⁵. Or, le paradoxe d'une telle notion, précise Manuela BRILLAT, est de faire « reposer le raisonnement sur la caractéristique particulière de l'individu, renversant ainsi toute démarche du principe d'égalité »¹³⁰⁶. Dans son concept, la discrimination positive

p. 205 ; M. ULLA, « La Charte des valeurs québécoises : le difficile équilibre entre l'aménagement de la diversité des croyances et l'organisation de l'État autour du principe de laïcité », *Constitutions*, 2014, p. 281.

¹³⁰⁴ Cour EDH, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, préc., § 9 (nous soulignons).

¹³⁰⁵ O. JOUANJAN, « Égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 585.

¹³⁰⁶ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, 2015, [th. : Strasbourg : 2014], p. 87, n° 158.

« renvoie l'individu à un statut, le rabat sur une appartenance qu'il n'a pas choisie (son sexe, sa couleur de peau, son handicap) » ; elle ferme les yeux sur sa liberté individuelle, sur sa liberté de choix. C'est pourquoi elle se distingue de l'exigence d'aménagements, laquelle est fondée sur la conviction individuelle et non pas sur l'appartenance à un groupement ou à une minorité. En ce sens, la mise en œuvre d'une forme matérielle de l'égalité ne rime pas nécessairement avec discrimination positive. Au contraire, elle trouve son fondement dans l'exigence d'un exercice non pas théorique et illusoire mais *concret et effectif* des droits protégés par la Convention ; exigence que la Cour européenne a consacrée dès 1979 dans l'arrêt *Airey c. Irlande*¹³⁰⁷. En l'occurrence, l'aspiration à introduire des aménagements raisonnables dans les droits nationaux contribue à garantir l'effectivité des droits protégés, toujours dans le cadre d'un jugement limité au cas par cas et donc se distinguant de la discrimination positive.

249. En définitive, le droit européen des droits de l'homme – au travers de l'évolution de la compréhension qu'il fait de l'égalité – pourrait être utilisé comme le vecteur d'une remise en question de l'universalisme à la française. On ne peut s'empêcher d'imaginer la transposition du raisonnement mené dans l'affaire *Osmanoglu* si une requête similaire avait été introduite en France (qui subit déjà les débats animés autour du port du burkini et des horaires aménagés des piscines municipales). Le refus de prendre en considération les convictions religieuses au nom d'un principe d'égalité formelle nous semble en ce sens inadapté aux nouvelles exigences européennes qui contribuent à fondamentaliser l'ensemble des branches du droit, et de fonder les exigences d'égalité matérielle non plus sur des considérations d'équité, mais d'*effectivité des droits et libertés fondamentaux*. D'ailleurs, c'est dans la protection offerte à la liberté de religion que se niche une seconde critique de l'éviction des convictions religieuses du raisonnement judiciaire (II).

II. UNE LIMITE JURIDIQUE : L'AFFAIBLISSEMENT DE LA LIBERTE DE RELIGION

250. Conséquences d'une trop grande neutralité. L'analyse de la jurisprudence judiciaire nous a menée au constat d'une volonté significative de neutralisation du raisonnement judiciaire ; cette neutralité – qui n'est pas une neutralité malveillante ! – conduit toutefois à affaiblir l'effectivité de la protection accordée à la liberté de religion (A). D'aucuns pourront par ailleurs

¹³⁰⁷ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, § 24.

être tentés de plaider pour une neutralité omnipotente et par conséquent de s'interroger sur la superfluité de cette liberté, potentiellement démembrable au sein d'autres libertés fondamentales (B).

A. Une liberté affaiblie

251. Quand neutralité devient inertie. Tel qu'il a été précédemment développé, le non-interventionisme étatique en matière religieuse, issu de la neutralisation du raisonnement judiciaire, peut conduire, dans certains cas, à des situations de blocage. En effet, dans un souci de distance, il arrive que la juridiction judiciaire ne soit en mesure de conférer au litige qui lui est soumis une solution effective au regard de la liberté de religion. C'est précisément le cas du contentieux relatif à la remise du *gueth*¹³⁰⁸. Constitutif d'une lettre de répudiation remise par l'époux juif à son ex-femme au moment de leur séparation, le *gueth* est, selon la loi mosaïque, indispensable à l'épouse pour se remarier religieusement. Aussi est-il des situations dans lesquelles bien qu'un divorce civil eût été prononcé, l'épouse demeure religieusement liée à son ex-époux qui refuse de lui délivrer la lettre de répudiation¹³⁰⁹. Dans une telle situation, la femme qui refait sa vie avec un autre homme est considérée comme une femme adultère (*agounah*) et les enfants issus de ce nouveau mariage qualifiés d'enfants illégitimes (*mamzerim*)¹³¹⁰. C'est pourquoi certaines femmes ont cherché le secours des tribunaux civils dans le but de mettre fin à une situation portant atteinte à leur liberté individuelle : celle de se remarier religieusement. La réponse des juridictions judiciaires à cette question à cheval entre neutralité du service public de la justice et protection du droit fondamental à la liberté de religion n'a pas toujours été uniforme. Une partie de la jurisprudence s'est déclarée incompétente à prononcer une obligation juridique de remise du *gueth*¹³¹¹, se

¹³⁰⁸ Cette question du *gueth* a fait l'objet d'un remarquable huis-clos cinématographique des frères Ronit et Shlomi ELKABETZ que l'auteure souhaite recommander au lecteur intéressé par cette problématique ; cf. *Le procès de Viviane Amsalem*, 2014.

¹³⁰⁹ Il convient de préciser que cette situation ne concerne pas le judaïsme réformé qui accepte le remariage religieux suite à un divorce civil. Le blocage religieux de l'épouse qui ne se fait pas remettre le *gueth* ne concerne *a priori* que les conservateurs et les orthodoxes ; cf. Fl. RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIXe siècle à nos jours. Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *CHJ@éditionélectronique*, 2011, disponible sur le site Academia.edu.

¹³¹⁰ Fl. RENUCCI, *op. cit.*

¹³¹¹ Cass. Civ. 2^e, 3 déc. 1972, n° 71-12043 : la Cour de cassation valide l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait d'une part constaté l'absence de toute obligation juridique de remise du *gueth*, refusant ainsi d'adresser injonction de délivrance sous astreinte ; et d'autre part, condamné l'ex-époux au versement de dommages-intérêts, considérant que si l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit, ce qu'elle avait considéré être le cas en l'espèce. En 1988, la Haute juridiction ira plus loin en ôtant le critère de l'intention de nuire, jugeant que « la Cour d'appel a pu, sans violer le principe de séparation des églises et de l'État et hors de toute dénaturation, déduire que le comportement de l'ex-époux constituait un abus de droit [et que] la faute ainsi commise engageait la responsabilité de son auteur hors de toute intention de nuire », Cass. Civ. 2^e, 15 juin 1988, *JCP* 1988.II.21223, note MORANCAIS-DEMEESTER. Pour

bornant à l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et de la théorie de l'abus de droit¹³¹². La Cour de cassation a par ailleurs refusé en 1982 que les juridictions puissent avoir recours à l'astreinte pour enjoindre l'époux à délivrer le *gueth*. Selon elle, la remise du *gueth* ne constitue « qu'une simple faculté relevant de [la] liberté de conscience [de l'époux] et dont l'abus ne [peut] donner lieu qu'à dommages-intérêts »¹³¹³. Si, *in fine*, la juridiction offre une solution pécuniaire à l'épouse victime *via* la réparation de son préjudice, elle ne met pour autant pas fin à la situation litigieuse et à l'ingérence de l'ex-époux dans la liberté religieuse de son ex-femme. Cette ingérence n'est, de surcroît, pas soulevée par les juridictions judiciaires dans la majorité des cas¹³¹⁴.

252. L'incompatibilité avec les exigences européennes de protection des droits de l'homme. Ces situations nous semblent contraires à la protection effective des droits fondamentaux notamment sous le volet de l'effet horizontal de la Convention EDH. Étendant l'application de cette dernière aux relations entre les personnes privées, l'effet horizontal est une construction prétorienne¹³¹⁵ qui s'analyse comme une « extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »¹³¹⁶ conduisant « inéluctablement le juge – et en premier lieu le juge européen – à connaître, en sus du conflit classique qui oppose l'individu à l'État, du conflit entre deux droits ou intérêts individuels »¹³¹⁷. L'affirmation de sa compétence par la Cour européenne lui permet d'engager la responsabilité d'un État pour des violations de droits fondamentaux du fait d'une personne privée dès lors que la législation nationale rendait possible cette violation¹³¹⁸.

Z. ANSEUR, le droit étatique prêterait ici concours à la norme religieuse afin que celle-ci soit respectée, la Cour de Cassation « forgeant au cas par cas la conciliation entre ordre juridique et ordre religieux », cf. Z. ANSEUR, « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité postmoderne », *RRJ Droit prospectif*, 2002, p. 1723.

¹³¹² V. CA Alger, 29 juil. 1875, *Jurisprudence algérienne (JA)*, 1875, p. 35 : « Si le mariage religieux est inhabile à créer un lien conjugal civil ; et s'il n'a pas la valeur légale d'un contrat, il est du moins un fait qui peut, dans certains cas, devenir la source d'un préjudice et d'un quasi-délit passibles de dommages-intérêts ». Cet arrêt fut validé par la Cour de cassation l'année suivante : Cass. (req.), 28 février 1876, *Sirey*, 1877, p. 27, et reprise trente-deux ans plus tard : CA Alger, 9 avr. 1908, *RA*, 1910.II.51. V. également, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP*, 1960.II.11632 ; CA Paris, 4 févr. 1959, *JCP* 1960.II.11632.

¹³¹³ Cass. Civ. 2^e, 21 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, p. 590, note F. CHABAS ; *JCP G*, 1982.IV.229. La Cour d'appel de Paris ira même jusqu'à se déclarer incompétente aussi bien au regard de l'astreinte que de l'octroi de dommages-intérêts au motif selon lequel : « la demande relative au *Gueth* est de nature religieuse et ne peut être appréciée par la justice civile française soumise à son obligation de laïcité » (CA Paris, 19 déc. 2007, *Jurisdata* n° 2007-351087). La solution avait déjà été réitérée en 1990 : Cass. Civ. 2^e, 21 novembre 1990, *D.* 1991.434.

¹³¹⁴ Certains tribunaux ont tout de même constaté l'atteinte à un sentiment religieux, v. notamment Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, *JCP*, 1960.II.11632 ; CA Versailles, 31 oct. 1994, *Jurisdata* n° 1994-050335, *D.* 1995, p. 245, note E. AGOSTINI.

¹³¹⁵ Depuis l'arrêt Cour EDH [plén.], *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, req. n° 7601/76, 7806/77 ; confirmé ensuite dans l'arrêt Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994, req. n° 16798/90. Sur ce point, v. F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7 éd., PUF, 2015, p. 31.

¹³¹⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, in *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la dir. de J.-P. MARGUÉNAUD, La Documentation française, 2001, p. 77.

¹³¹⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 257, n° 164.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 257, n° 164.

La combinaison de l'effet horizontal à la théorie des obligations positives révèle les lacunes de la neutralisation française du raisonnement judiciaire. Constitutives d'une obligation de l'État « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »¹³¹⁹ que l'individu tient de la Convention, les obligations positives découlent du souci de conférer une véritable effectivité aux droits « non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »¹³²⁰ garantis par la Convention EDH. D'abord énoncées en jurisprudence, les obligations positives sont ensuite devenues consubstantielles aux droits garantis¹³²¹, y compris à la liberté de religion¹³²², dès lors qu'il fut admis qu'elles découlent de l'article 1 de la Convention¹³²³. Par leur biais, « c'est donc l'inertie des pouvoirs publics – quelle que soit l'autorité en cause (législative, gouvernementale, administrative, juridictionnelle) – qui est susceptible d'être sanctionnée [...] »¹³²⁴.

253. Le refus de la jurisprudence française de mettre fin à une situation qui porte atteinte à la liberté de religion d'une personne privée, comme c'est le cas dans le contentieux du *gueth*, peut s'analyser comme « une abstention de l'État permettant au tiers de s'immiscer dans le droit garanti »¹³²⁵. La neutralisation du raisonnement judiciaire y prend la forme d'une inertie jurisprudentielle à résorber une situation créée par une personne privée et impactant le droit fondamental d'une autre à la liberté de religion, garantie par la Convention EDH. En ce sens, la Cour d'appel de Paris, comprenant justement les enjeux de la protection des libertés individuelles, avait considéré que :

« si l'autorité judiciaire n'a pas reçu de la loi le pouvoir de sanctionner l'inexécution d'une obligation de caractère strictement religieux, elle doit, en tant que gardienne de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution, prendre les mesures propres à assurer le plein exercice de la liberté de conscience par ceux qui en sont empêchés dans un domaine touchant les droits essentiels de la personne, avec pour seule limite que ces mesures, éventuellement coercitives, ne portent pas atteinte à la liberté individuelle de celui qui y est astreint – selon le principe général posé par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, aux termes duquel

¹³¹⁹ Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, préc., § 51.

¹³²⁰ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, préc., § 24.

¹³²¹ Depuis l'arrêt Cour EDH [G.C.], *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juil. 2004, req. n° 48787/99, § 313.

¹³²² Cour EDH, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al. c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01, § 133-134 ; Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, § 38 : « ces obligations peuvent parfois nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la liberté de religion jusque dans les relations des individus entre eux ».

¹³²³ « Art. 1- Obligation de respecter les droits de l'homme. Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

¹³²⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 251, n° 161 ; v. aussi F. SUDRE, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 19.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 34.

l'exercice des droits naturels de chacun n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits »¹³²⁶.

Cet arrêt fut toutefois cassé par la Cour de cassation qui réaffirma l'incompétence des tribunaux à sanctionner le refus de délivrance du *gueth* autrement que par l'octroi de dommages-intérêts¹³²⁷. Le fait que le divorce ait civilement été prononcé est alors vu comme le seul levier que les juges judiciaires pouvaient actionner. Pourtant, n'est-ce pas contestable au regard des droits fondamentaux ? Bien que civilement libre de se remarier, l'ex-épouse demeure religieusement prisonnière de celui qui est désormais civilement appréhendé comme une personne n'ayant plus de liens juridiques envers elle. Le refus de remettre le *gueth* peut alors s'envisager comme la mise à disposition d'une liberté fondamentale sur laquelle le juge n'exerce aucun contrôle, mais uniquement une fonction de réparation. Partant, la liberté de religion de l'ex-épouse est non seulement éludée du raisonnement judiciaire, mais encore l'effectivité de son droit à la liberté de religion est mise à l'écart. Le non-interventionnisme jurisprudentiel dans le domaine religieux conduit l'État laïque, au nom de la séparation avec les Églises, à une protection effectivement tronquée de la liberté de religion.

254. Mieux, le refus de reconnaître « à la fois la multiplicité des pouvoirs et des sociétés créateurs de droits, et leurs interactions »¹³²⁸, c'est-à-dire d'admettre le pluralisme juridique, conduit à l'inapplicabilité des droits et libertés fondamentales à l'ordre juridique religieux. Aussi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle pu considérer qu'un argument « relatif à la rupture d'égalité entre les citoyens était inopérant, dès lors que le mécanisme critiqué [n'était] pas d'origine légale et ne [pouvait donc] fonder une violation de l'article 1^{er} de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, tant à l'égard des convictions religieuses que des différences de montant de l'aide en fonc-

¹³²⁶ CA Paris, 21 avr. 1989, *Jurisdata* n° 1989-027570 (nous soulignons). La Cour d'appel, après avoir constaté que le plein exercice de son droit au choix d'une forme religieuse de mariage par l'ex-épouse exigeait la délivrance du *gueth* par son ancien époux, en prescrivait la délivrance sous astreinte dès lors qu'aucun élément du débat ne démontrait que cet accomplissement heurterait la liberté de conscience du mari dans des conditions propres à l'autoriser à un refus légitime.

¹³²⁷ Cass. Civ. 2^e, 21 nov. 1990, *Jurisdata* n° 1990-003260 : « la délivrance du "gueth" constituait pour [l'ex-époux] une simple faculté relevant de sa liberté de conscience et dont l'abus ne pouvait donner lieu qu'à dommages-intérêts ». La Cour de Paris ne reviendra toutefois pas sur la caractérisation des deux libertés concurrentes, et rappellera très justement en 1994 que le « choix d'un rite de mariage religieux conforme à la confession israélite [...] relève de la liberté de conscience et doit bénéficier de la protection juridique résultant du principe de respect des croyances énoncé à l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 », qu'à ce titre « l'autorité judiciaire doit en tant que gardienne de la liberté individuelle assurer l'exercice de la liberté de conscience et la protection des droits y afférent, [et ainsi] qu'elle a compétence pour examiner si le refus de délivrance du "gueth" a constitué un abus de droit de la part de [l'ex-époux] », étant entendu que le plein exercice de sa liberté de conscience par l'épouse exige la possibilité de « projeter ou de réaliser une nouvelle union selon le rite religieux » (CA Paris, 24 mai 1994, *Jurisdata* n° 1994-021549). Elle reviendra complètement sur sa compétence quelques années plus tard, cf. CA Paris, 19 déc. 2007, *Jurisdata* n° 2007-351087).

¹³²⁸ F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, 1974, p. 364.

tion de l'âge des demandeurs »¹³²⁹. Dans ces deux espèces, les demandeurs, anciens prêtres ayant quitté le ministère, faisaient valoir que la suppression de leur allocation de retraite par l'organisme religieux constituait une disparité de traitement entre les anciens prêtres et ceux restés dans le giron de l'Église. Ici, la distinction entre l'ordre civil et l'ordre religieux a pour effet d'exclure les intéressés du champ de protection des droits et libertés fondamentales, en l'occurrence du droit à la non-discrimination, et entre donc en contradiction avec l'effet horizontal de la Convention EDH. *In fine*, parce qu'il conduit les juridictions à se déclarer incompétentes à trancher des questions touchant de près ou de loin l'ordre juridique religieux, le monisme juridique affaiblit l'effectivité des droits et libertés fondamentales. Il conduit le magistrat à ne pas s'interroger sur la potentielle violation d'un droit fondamental au motif qu'elle serait issue d'un ordre normatif qui lui est étranger. Pourtant, c'est oublier que les droits de l'homme sont des droits humains. C'est oublier que l'humanité renvoie à « une qualité intrinsèque de l'être humain, présente en chaque individu singulier ; et si les droits de l'homme valent pour l'humanité entière, c'est parce qu'ils valent pour chacun des individus qui la composent »¹³³⁰.

255. Conséquence : l'atténuation du caractère fondamental de la liberté de religion. À force de trop vouloir « faire comme si la religion n'existait pas »¹³³¹, à défaut d'analyser l'applicabilité ainsi que l'application de la liberté de religion, et à refuser de considérer les normes religieuses parce qu'elle émanent d'un autre ordre juridique, la liberté de pensée, de conscience et de religion semble perdre sa place fondamentale dans la motivation judiciaire. Elle ne figure que très rarement au visa des décisions. Tout se passe non seulement comme si l'on avait oublié qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu¹³³², mais aussi qu'à la liberté de pensée, de conscience et de religion est associée une crainte : celle de donner la supériorité à la norme religieuse sur le droit civil dès lors qu'il est question de protéger la liberté de religion des individus. Ainsi, il est fait référence au comportement religieux de la personne – comportement protégé au titre de cette liberté – au sein d'un faisceau d'indices destiné à caractériser un standard juridique et entraîner l'application d'une norme de droit commun. Le raisonnement s'oriente ainsi davantage sur la caractérisation du standard que sur l'examen de l'articulation entre les droits concernés, parmi lesquels figurerait la liberté de religion. En conséquence, la liberté de religion n'apparaît pas dans le raisonnement judiciaire comme un droit fondamental. Sa fundamentalité semble être seulement suggérée à demi-mot, si ce n'est oubliée... Faut-il pour autant aller plus loin en la considérant superfétatoire (B) ?

¹³²⁹ CA Paris, 3 nov. 2016, n° 15/12913 et CA Paris, 27 oct. 2016, n° 15/12903 (nous soulignons).

¹³³⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 205.

¹³³¹ B. BONNET, « Prolégomènes », in *Penser les libertés après le 7 janvier 2015*, Lyon, 3 avr. 2015.

¹³³² Contrairement à la prohibition des traitements inhumains et dégradants, protégée par l'article 3 de la Convention EDH.

B. Une liberté superflue ?

256. Une liberté qui « dérange ». Dès les premières lignes de sa thèse consacrée à *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, Gérard GONZALEZ lançait : « La liberté de religion dérange »¹³³³. On l'a vu en effet : la jurisprudence judiciaire française peut être gênée par la mise en œuvre d'une liberté ancrée à des notions insaisissables et encadrée par un principe de laïcité omniprésent, dont l'application au service public de la justice interroge¹³³⁴. Aussi, comme pour se délier d'une situation inconfortable, c'est une protection majoritairement silencieuse de la liberté de religion qui est mise en œuvre : en les appréhendant sous l'angle du droit commun, la méthode indirecte de prise en compte des convictions religieuses permet au juge à la fois de les garantir tout en se protégeant. Mais si cette liberté dérange tant, et quitte à reléguer les convictions religieuses au rang de fait, certains se sont demandés pourquoi ne pas recourir à d'autres droits fondamentaux pour les protéger ? Les partisans de l'abolition de la liberté de religion avancent à cet effet trois arguments¹³³⁵ : d'abord, qu'il n'est plus possible de délimiter de manière adéquate ce qui compte comme une « religion » ; ensuite, que la liberté de religion crée des privilèges injustifiés qui sont incompatibles avec les principes d'égalité et de neutralité¹³³⁶ ; enfin, que les aspects pertinents de la liberté de religion sont déjà couverts par d'autres droits fondamentaux « séculiers »¹³³⁷. Ce serait, certes, limiter la liberté de religion à une valeur strictement symbolique. Mais ce serait résorber l'inconfort des tribunaux tout en assurant une protection neutre des con-

¹³³³ G. GONZALEZ, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la liberté des religions*, Economica, 1997, p. 5.

¹³³⁴ Sur ce point, v. notamment M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019.

¹³³⁵ Relatés par B.-P. VERMEULEN, « On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy and law (immigration, integration, education and religion) », in *Cultural Diversity and the Law. The response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, M.-C. FOGLETS, J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN et alii (Bruxelles, sept. 2006), p. 45 (voir p. 131), Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2010, (voir p. 131).

¹³³⁶ Sur ce point d'ailleurs, v. G. GONZALEZ, « Croisade pour les alévis », *JCP G*, 2016, n° 19, p. 570, à propos de l'arrêt Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10. Le Professeur Gonzalez explique que, dans cette affaire, la Cour aurait dû considérer qu'une religion pouvait jouir d'une situation privilégiée pour des raisons historiques et culturelles, comme l'islam sunnite en Turquie, à condition de ne pas créer de situations discriminatoires (cf. Cour EDH [déc.], *Alujet Fernandez c. Espagne*, 14 juin 2001, req. n° 53072/99 ; Cour EDH [déc.], *Ásatriarfjélagio c. Islande*, 18 déc. 2012, req. n° 22897/08).

¹³³⁷ Le lecteur néerlandophone pourra consulter en ce sens P. DE BEER, « Waarom vrijheid van godsdienst uit de grondwet kan », *Socialisme en Democratie*, 2007/10, p. 18 (« Pourquoi la liberté de religion peut-elle être retirée de notre Constitution ? », notre traduction) ; P. DE BEER, « De overheid moet principieel weigeren zich uit te laten over godsdienst », *NRC Handelsblad* (27 oct. 2007) ; P. DE BEER, « De paradox van de godsdienstvrijheid », in *Godsdienstvrijheid: Afschaffen of beschermen ?*, sous la dir. de H. VAN OOIJEN, et al., NJCM-Boekerij, 2009, p. 5 (« Le paradoxe de la liberté de religion », in *Liberté de religion : abolir ou protéger ?*, notre traduction) ; K. BESSEMS, « Religieus symbool niet achter de balie », *De Pers* (20 mars 2011) ; contra B.-P. VERMEULEN, « Waarom de vrijheid van godsdienst in de Grondwet moet blijven », *Socialisme en Democratie*, 2008/3, p. 14. V. également, G. SPEELMAN, « The Law of God in a Secular State. Claiming Space in the Public Domain », in *The Law of God. Exploring God and Civilization*, sous la dir. de P. VOS et O. ZIJLSTRA, Brill, 2014, p. 23.

victions religieuses fondée sur des notions que les juridictions manient avec plus d'aisance puisque s'il n'est pas question de religion, elles peuvent se délester du poids de la laïcité.

257. La rédaction de l'article 9 de la Convention EDH révèle la possibilité de son démembrement sous l'angle d'autres dispositions de la Convention :

« Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

Dans l'ordre : la liberté de pensée, de conscience et de religion implique la liberté de changer de religion ou de conviction. En ce sens, elle est une *liberté de choix*. La liberté de pensée, de conscience et de religion implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement, en public ou en privé. Elle est donc aussi une *liberté d'expression*. Parce que cette manifestation peut être collective, elle est une *liberté de réunion*. Parce que cette manifestation passe par l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites, elle appartient à la sphère de la *vie privée*. En somme, les convictions religieuses pourraient être protégées par tout un panel de droit et libertés fondamentaux : elles pourraient l'être sous l'angle de la liberté d'expression – pour l'expression religieuse – ; sous celui de la protection de l'intégrité morale pour ce qui touche au sentiment religieux ; par la liberté d'association pour en garantir la pratique collective ; sous l'angle de l'autonomie personnelle enfin pour ce qui est de la liberté de choix et la manifestation des convictions religieuses.

258. L'autonomie personnelle au service de la liberté de choix et de la manifestation des convictions religieuses. Le droit à l'autonomie personnelle, nouveau rameau du droit au respect de la vie privée¹³³⁸, recouvre « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend »¹³³⁹. Véritable extension du champ d'application de la vie privée à une forme d'autodétermination à l'américaine, on a pu dire du droit à l'autonomie personnelle qu'il posait les premiers jalons d'un *right to be left alone* fondé sur le libre-arbitre de l'individu. Ainsi entendue, l'autonomie personnelle repose sur la capacité de la personne de faire des choix quant à sa qualité de vie¹³⁴⁰, son apparence¹³⁴¹, ou encore son orientation sexuelle¹³⁴². Ne pourrait-elle donc pas tout

¹³³⁸ Selon l'expression de F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., PUF, 2016, p. 702, n° 457.

¹³³⁹ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, § 61.

¹³⁴⁰ Cf. Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., § 65 : « c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification ». V. aussi, Cour EDH [G.C.], *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2007, req. n° 6339/05 (qui se réfère au droit au développement personnel, § 71) ; Cour EDH, *Petrina c. Roumanie*, 14 oct. 2008, req. n° 78060/01 (qui rattache le droit à la réputation au droit au développement de la personnalité de chaque individu, § 27).

aussi bien protéger l'option religieuse et sa manifestation ? Ce serait alors postuler que l'individu est capable et en droit de faire des choix quant à son mode de vie, sans distinguer selon que ce choix revêt un caractère religieux ou non. En ce sens, pourquoi ne pas faire bénéficier la liberté d'option religieuse et de manifestation de ses convictions religieuses (par le choix d'un mode de vie ou le port d'un vêtement) d'une protection unique de l'article 8 sous l'angle du droit à l'autonomie personnelle¹³⁴³ ?

259. Ainsi pourrait-on par exemple analyser les refus de soins par transfusion sanguine opposés par des adeptes des Témoins de Jéhovah uniquement sous l'angle de leur droit à l'autodétermination et sans considération pour la liberté de religion. Ces refus de soin sont en effet considérés par la Cour européenne des droits de l'Homme comme l'expression de la liberté de choix de la personne. Les juges de Strasbourg ont ainsi jugé qu'en matière médicale, « le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention »¹³⁴⁴. En outre, il a été jugé que la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique ou de choisir une forme alternative de traitement médical est vitale aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle. Un patient est donc libre de refuser de recevoir une transfusion sanguine, en accord avec ses propres opinions et valeurs, indépendamment du caractère irrationnel, peu judicieux ou imprudent de ce choix¹³⁴⁵. Ce raisonnement pourrait s'appliquer à un comportement issu d'une conviction religieuse.

¹³⁴¹ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 107 ; Cour EDH, *Belcaceci et Oussar c. Belgique*, 11 juil. 2017, req. n° 37798/13 ; Cour EDH, *Dakir c. Belgique*, 11 juil. 2017, req. n° 4619/12, § 47.

¹³⁴² Cour EDH, *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n° 35968/97. V. aussi l'arrêt Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, qui consacre le « droit de disposer de son corps » en affirmant que « la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (§ 83).

¹³⁴³ L'auteure garde à l'esprit les interrogations relatives à la place du droit à l'autodétermination dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment la question de savoir si ce droit n'a pas vocation à devenir un « principe général d'interprétation de la Convention » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 739, n° 490.), immanent, et donc indépendant de l'article 8 de la Convention.

¹³⁴⁴ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, § 63.

¹³⁴⁵ Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02, § 136 : « The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. A competent adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or treatment or, by the same token, to have a blood transfusion. However, for this freedom to be meaningful, patients must have the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others ».

260. Le droit de se vêtir en conformité avec sa conviction religieuse pourrait, lui-aussi, être analysé ainsi. La Cour EDH a considéré que « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée »¹³⁴⁶. Tel est le cas de la coiffure¹³⁴⁷, mais aussi du vêtement¹³⁴⁸. Kirpans, kippas, hijab et soutanes n'y trouveraient-ils pas une place ?

261. La protection de l'intégrité morale au service du sentiment religieux. Il est de jurisprudence constante que le droit au respect de la vie privée englobe la protection de l'intégrité physique et morale de la personne¹³⁴⁹. La Cour EDH a reconnu que le droit à la réputation, parce qu'il « représente une partie de son identité personnelle et psychique »¹³⁵⁰, relevait de la vie privée¹³⁵¹. Elle a aussi émancipé l'intégrité morale de l'intégrité physique : en l'absence d'actes concrets de violence physique, l'intégrité et le bien-être psychologique de la personne peuvent tout de même être affectés et entrer dans le champ d'application de l'article 8¹³⁵². Pourquoi ne pas étendre le raisonnement à la protection du sentiment religieux ? On remarque en effet qu'en jurisprudence il est surtout question de sentiment religieux lorsqu'il lui est porté atteinte : toutes les affaires dans lesquelles liberté d'expression et liberté de religion s'entrechoquent en témoignent¹³⁵³. Cette hypothèse se retrouve principalement lorsque des opinions contraires à la foi de la personne sont propagées, et qu'en vertu de la protection du droit à la liberté d'expression ces opinions soit heurtent, choquent, blessent ou inquiètent¹³⁵⁴. Le sentiment religieux se révélerait donc par sa négation. Silencieux, il demeure aux tréfonds de la conscience, inaccessible, et se dévoile lorsqu'il s'extériorise par le biais d'un comportement, d'un discours religieux ou lorsqu'il est atta-

¹³⁴⁶ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 107 ; v. également Cour EDH, *Belcemi et Oussar c. Belgique*, préc., § 44 : « l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler le visage posait des questions tant au regard du droit au respect de la vie privée des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions qu'au regard de leur liberté de manifester celle-ci » ; Cour EDH, *Dakir c. Belgique*, préc., § 47.

¹³⁴⁷ Cour EDH, déc. *Popa c. Roumanie*, 18 juin 2013, req. n° 4233/09, §32-33.

¹³⁴⁸ Com. EDH, déc. *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, 15 mai 1980, req. n° 8317/78, § 83 (Le port obligatoire d'un uniforme en prison constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Cette ingérence est justifiée au sens de l'article 8§2) ; Com. EDH, déc. *Kara c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1998, req. n° 36528/97.

¹³⁴⁹ Cour EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80.

¹³⁵⁰ Cour EDH, *Petrina c. Roumanie*, 14 oct. 2008, req. n° 78060/01, § 29.

¹³⁵¹ Cour EDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004, req. n° 53984/00, § 31.

¹³⁵² Cour EDH, *Hajduova c. Slovaquie*, 30 nov. 2010, req. n° 2660/03 (à propos de violences domestiques).

¹³⁵³ Il n'y aurait sans doute pas eu d'affaire « caricatures de Mahomet » (TGI Paris, 22 mars 2007, *Jurisdata* n° 2007-327959, *JCP G* 2007, act. 146, obs. J.-Y. MARÉCHAL ; *JCP G* 2007, II 10079, note E. DERIEUX ; *Dr. pénal* 2007, comm. 66, obs. A. LEPAGE), d'affaire « Dieudonné » (Cass. Ass. Plén., 16 févr. 2007, n° 06-81785, *JCP G*, 2007, II, 10047, note E. DERIEUX), d'affaire « Ave Maria » (TGI Paris, 23 oct. 1984, *Jurisdata* n° 1984-001108, *Gaz. Pal.* 28 nov. 1984, p. 333 ; confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984, *Jurisdata* n° 1984-025688), ou d'affaire « la Cène » (Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 05-15822, 05-16001, *JCP G*, 2007, II, 10041, note P. MALAURIE : « la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les attendre dans leur considération en raison de leur obédience, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse »)...

¹³⁵⁴ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, § 49.

qué. Ce faisant, les bornes de la liberté d'expression tracent celles du sentiment religieux. Celle-ci trouve ses limites lorsque son exercice est constitutif d'une diffamation, d'une injure, d'un discours de haine¹³⁵⁵, ou encore d'une atteinte à la réputation d'une personne entraînant des répercussions sur sa dignité¹³⁵⁶. Dans l'hypothèse où l'exercice de la liberté d'expression cause une souffrance morale pour la personne, que cette souffrance soit d'origine religieuse ou pas, elle est limitée par la protection des droits et libertés d'autrui. Dès lors, pourquoi ne pas protéger le sentiment religieux sous l'angle du droit au respect de l'intégrité morale de la personne, voire sous celui de la prohibition des traitements inhumains ou dégradants lorsque l'atteinte dépasse le seuil de gravité de l'article 3¹³⁵⁷ ?

262. La liberté d'expression au service de l'opinion et de l'expression religieuse.

L'article 10 de la Convention EDH protégeant la liberté d'expression comporte deux libertés subséquentes : la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées. L'article 10 garantit ainsi à chacun la possibilité d'*avoir* et d'*exprimer* une opinion. À l'instar de la liberté de pensée et de conscience, la liberté d'avoir une opinion s'insère dans le for interne des personnes. Intouchables parce qu'inaccessibles, ces pensées intimes bénéficient d'une protection absolue lorsqu'elles demeurent dans l'esprit de celui qui les pense. Convictions politiques, morales ou religieuses ne pourraient-elles pas, en ce sens, bénéficier d'une protection sous l'angle de l'article 10 en son volet « liberté d'opinion »¹³⁵⁸ ? En outre, la liberté d'expression comporte aussi la liberté d'exprimer cette opinion, et constitue un vecteur du pluralisme des idées et permet la confrontation des points de vue. L'expression des convictions religieuses, qu'elle passe par le discours ou le débat ; leur partage par l'enseignement, l'éducation, le prosélytisme ne peut-elle pas, elle aussi et à ce titre, bénéficier d'une protection sous l'angle de la liberté d'expression ? Le prosélytisme par exemple, parce qu'il cherche à « diffuser des convictions religieuses et de tenter de convaincre les autres »¹³⁵⁹, pourrait en effet tout aussi bien s'analyser comme un moyen

¹³⁵⁵ La Cour européenne des droits de l'homme invoque les garanties de l'article 17 pour refuser le bénéfice de l'article 10 aux personnes propageant un discours de haine. V. M. OETHEIMER, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *RTDH*, 2007, p. 63. V. aussi Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1991, req. n° 17419/90.

¹³⁵⁶ Cour EDH, *Uj c. Hongrie*, 19 juil. 2011, req. n° 23954/10.

¹³⁵⁷ L'article 8 de la Convention étant le continuum de l'article 3, et permet d'apprécier les atteintes à l'intégrité physique ou morale de la personne lorsque ces atteintes ne dépassent pas le seuil minimum de gravité exigé pour emporter l'applicabilité de l'article 3. La Cour EDH a déjà conclu à la violation de l'article 3 dans l'affaire *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01 (les requérants avaient fait l'objet d'une agression violente par un groupe prétendant soutenir l'église Orthodoxe. La diffusion sur les chaînes de télévision nationales des images de violence ainsi que la vexation à caractère religieux infligée à l'un des requérants dont le crâne avait été rasé constituent des traitements dégradants).

¹³⁵⁸ V. l'arrêt Cour EDH, *Baskaya et Okcuoglu c. Turquie*, 8 juil. 1999, req. n° 23536/94 : les requérants invoquaient une atteinte à leurs droits à la liberté de pensée (art. 9) et à la liberté d'expression (art. 10) suite à la publication d'un essai critiquant l'idéologie officielle de l'État turc. La Cour écarta l'analyse de la requête sous l'angle de l'article 9.

¹³⁵⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2 éd., LGDJ, 2012, p. 252, n° 216.

d'expression d'une opinion, d'un mode de vie, de valeurs. Pourquoi ne pas le faire entrer dans le champ d'application de l'article 10 ?

263. La liberté de réunion et d'association au service de la pratique religieuse collective. Il apparaît impossible de concevoir la religion indépendamment d'un rassemblement : parce que la religion « ne se limite pas à un exercice spirituel individuel », parce qu'elle « est sociale dans ses manifestations comme dans ses prétentions »¹³⁶⁰, elle « ne se conçoit que par le ralliement, dans l'alliance »¹³⁶¹. Ce ralliement, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne pourrait-il pas en assurer la protection ? La dimension collective de la pratique religieuse pourrait en effet relever à la fois du champ d'application de la liberté de réunion, et de celui de la liberté d'association, deux droits protégés par cette disposition conventionnelle. La liberté de réunion, tout d'abord, garantit la formation de groupes momentanés destinés à permettre l'échange en commun d'idées et la manifestation collective de l'activité politique¹³⁶². Faire entrer la pratique religieuse collective dans le champ d'application de cette disposition supposerait donc d'adapter l'interprétation de l'article 11, principalement conçu pour la manifestation collective de l'activité politique, en l'étendant à tout rassemblement¹³⁶³, y compris religieux¹³⁶⁴. La Cour européenne estime par ailleurs que ce droit couvre « à la fois les réunions privées et celles tenues sur la voie publique, ainsi que les réunions statiques et les défilés public »¹³⁶⁵. Dès lors, ne pourrait-on pas imaginer que prières de groupe et pratiques collectives d'un culte soient protégées, hors le cadre d'associations enregistrées, par le volet liberté de réunion de l'article 11 ?

264. La liberté d'association ensuite, notion de « portée autonome », suppose pour s'appliquer la constitution de groupes permanents¹³⁶⁶, ce qui exclut de fait les rassemblements spontanés, momentanés ou « habituels » (ceux-ci étant couverts par le droit à la liberté de réunion, susmentionné). Cette liberté, dotée d'un effet horizontal, garantit le droit d'adhérer mais aussi le droit de ne pas adhérer¹³⁶⁷. Si elle concerne surtout les partis politiques¹³⁶⁸, la liberté d'association

¹³⁶⁰ M. MIRAILLE, « À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel », in *Frontière du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 80.

¹³⁶¹ G. KOUBI, « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de Droit*, 1999, n° 40, p. 721.

¹³⁶² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 841, n° 561.

¹³⁶³ Ce que la Cour EDH semble avoir déjà admis en considérant que la liberté de réunion pacifique avait notamment pour but la « préservation des opinions personnelles » ; cf. Cour EDH, [déc.], *Skiba c. Pologne*, 7 juil. 2009, req. n° 10659/03.

¹³⁶⁴ La Cour EDH considère déjà que, s'agissant d'une manifestation sous la forme de rassemblement et de défilé, la liberté de pensée et la liberté d'expression s'effacent derrière la liberté de réunion pacifique (Cour EDH [déc.], *Oya Ataman c. Turquie*, 8 mars 2005, req. n° 74552/01).

¹³⁶⁵ Cour EDH [déc.], *Skiba c. Pologne*, préc.

¹³⁶⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 844, n° 564.

¹³⁶⁷ Cour EDH [G.C.], *Chassagnou et autres c. France*, 29 avr. 1999, req. n° 25088/94, 28331/95, 28443/95.

s'applique également aux citoyens souhaitant établir une association afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt¹³⁶⁹. Partant, seules des raisons « impératives et convaincantes » tenant à la contrariété aux valeurs démocratiques peuvent justifier le refus des autorités nationales d'enregistrer une association. La liberté d'association est en cela reconnue aux membres des minorités nationales et ethniques afin de leur donner l'opportunité d'« exprimer et [de] promouvoir [leur] identité »¹³⁷⁰. Le juge européen en a fait par exemple application pour les loges maçonniques¹³⁷¹. Ne pourrait-on pas s'y référer pour les associations culturelles ? D'ailleurs, fonder l'appréhension communautaire de la pratique religieuse sous l'angle de l'article 11 permettrait de raisonner en termes « d'associations » et peut-être d'éteindre la question de la distinction entre « sectes » et « religions » (ces dernières peuvent faire reconnaître leur existence légale en vertu de la loi de 1905, les premières se voient souvent refuser cette reconnaissance au motif qu'elles n'ont pas « exclusivement pour objet l'exercice d'un culte »¹³⁷², ou qu'elles exercent certaines activités pouvant porter atteinte à l'ordre public¹³⁷³).

265. On notera de surcroît que l'interdépendance entre dimension individuelle et dimension collective de la liberté de religion se retrouve dans la complémentarité des libertés d'expression et d'association. La Cour EDH a en effet jugé que l'article 11 devait se lire à la lumière de l'article 10, *lex generalis* dont les exigences ne doivent jamais être perdues de vue lorsqu'il s'agit de l'interpréter¹³⁷⁴. Elle considère de plus que « la protection des opinions personnelles, garantie par l'article 10, compte parmi les objectifs de la liberté de réunion et d'association telle que la consacre l'article 11 »¹³⁷⁵.

266. Bilan. Nous en sommes consciente : bien qu'elle interroge sur le plan théorique les droits de l'homme et leur articulation, la question est provocante, dérangeante. À convenir qu'il soit

¹³⁶⁸ Ceux-ci bénéficient du droit à la liberté d'association à condition de respecter les règles de la démocratie et de ne pas viser à la destruction de celle-ci ou à la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ce qui n'est pas le cas d'un parti politique souhaitant instaurer la *char'ia* (Cour EDH [G.C.], *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98) ou soutenant le terrorisme (Cour EDH, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juin 2009, req. n° 25803/04, 25817/04).

¹³⁶⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 848, n° 566.

¹³⁷⁰ Cour EDH [G.C.], *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 févr. 2004, req. n° 44158/98.

¹³⁷¹ Cour EDH, *N. F. c. Italie*, 2 août 2001, req. n° 37119/97 ; Cour EDH [G.C.], *Maestri c. Italie*, 17 févr. 2004, req. n° 39748/98.

¹³⁷² CE Ass., *Association chrétienne « Les Témoins de Jéhovah »*, 1^{er} févr. 1985, n° 46488 ; CE, *Association culturelle « Troisième Église du Christ scientiste de Paris »*, 6 juin 1986, n° 56497 ; CE, *Association culturelle de l'Église apostolique arménienne de Paris*, 29 oct. 1990, n° 86973. V. aussi Com. EDH [plén.], *Union des athées c. France*, 6 juil. 1994, req. n° 14635/89.

¹³⁷³ CE, *Association culturelle du Vajra triomphant*, 28 avr. 2004, n° 248467. Mais cet argument serait valable sous l'angle de la liberté d'association.

¹³⁷⁴ Cour EDH, *Ezgin c. France*, 26 avr. 1991, req. n° 11800/85, § 35.

¹³⁷⁵ Cour EDH [G.C.], *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 sept. 2011, req. n° 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, § 52.

envisageable de ranger le fait religieux sous l'angle des articles 8, 10, 11 ou 14, considérer que le droit à la liberté de religion est suppressible, revient tout d'abord à altérer l'établissement d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux. Cette mise en balance, dans les cas de refus de soins par exemple – qui impliquent les articles 8 (pour l'autonomie personnelle) et 2 (protection de la vie) – est en effet modifiée si l'article 9 (pour la liberté de religion) entre en jeu. Le mécanisme de fonctionnement et de raisonnement en matière de droits fondamentaux serait totalement bouleversé tant au niveau de l'applicabilité des droits que de leur application.

En outre, cette réflexion – absorbante tant le démembrement de la liberté de religion au sein d'autres droits fondamentaux peut faire l'objet d'un travail scientifique étayé – inquiète : ne devrait-on pas, davantage que d'en nourrir l'appréhension, *consolider* la compréhension d'une liberté fondamentale dont « l'importance quantitative [devant la Cour EDH] est en progression constante » en raison notamment de « l'augmentation du rôle de la religion et des questions connexes dans le discours sociopolitique »¹³⁷⁶ ? Par ce qu'elle représente – l'une des assises d'une société démocratique¹³⁷⁷, quasi « noyau dur » des droits fondamentaux¹³⁷⁸ –, par les fondements sur lesquels elle fut bâtie – la Révolution française –, par les coups qui lui ont été portés – la Seconde Guerre Mondiale –, par la réalité sociale qu'elle recouvre, la liberté de religion ne doit pas être noyée, disséminée ou démembrée mais assumée dans sa complexité.

*

*

*

¹³⁷⁶ *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*, Conseil de l'Europe (Division de la recherche), 2013, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_FRA.pdf>.

¹³⁷⁷ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 31.

¹³⁷⁸ La liberté de pensée, de conscience et de religion ne compterait pas parmi le « noyau dur » des droits fondamentaux dès lors que la Convention européenne des droits de l'homme ne lui reconnaît pas la qualité de droit intangible ; malgré sa qualification de « droit indérogeable » par le Pacte des Nations Unies (PIDCP) et la Convention américaine des droits de l'homme (CADH). Ce noyau dur comporte le droit à la vie, le droit de ne pas être torturé ou de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou servitude et le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale. V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 199, n° 127.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

267. Évincer mais affaiblir. L'étude de la technique juridictionnelle d'éviction des convictions religieuses de la décision de justice désappointe à deux égards : s'agissant aussi bien du principe même de cette éviction que des outils employés pour y parvenir. Dans le premier cas, c'est à l'égalité et à la liberté de religion que le procédé révèle ses limites. En matière d'égalité tout d'abord, cette éviction s'inscrit dans la volonté de respecter une égalité formelle, qui ne distingue pas les individus par leurs convictions religieuses. Bien qu'inscrite au cœur de notre système juridique, cette conception axiologique de l'égalité révèle de plus en plus ses limites au sein d'une société plurielle et d'un système juridique perméable au droit européen des droits de l'homme, lequel envisage davantage une compréhension matérielle de l'égalité. De surcroît, l'étude de la neutralisation quasi-systématique du raisonnement judiciaire en matière religieuse nous a menée au constat de la faiblesse du recours à la liberté de religion comme fondement des décisions de justice. Rarement mentionnée au visa des décisions quand bien même le litige concerne une revendication liée à cette liberté, la protection de la liberté religieuse en droit privé révèle le malaise des tribunaux à traiter ouvertement de cette question, à tel point que l'on a pu se demander s'il n'était pas envisageable de la protéger indirectement sous l'angle de dispositions « plus séculières ». Le démembrement de la liberté de religion dans le droit au respect de la vie privée, la protection de l'intégrité physique et morale, la liberté d'association ou encore la liberté d'expression n'en permettrait-il pas une garantie tout aussi efficace ? Bien qu'elle interroge, cette hypothèse reviendrait toutefois à négliger la dimension symbolique de la liberté de religion attachée à son existence autonome et à sa protection spécifique, c'est pourquoi il est indispensable de la rejeter et de rappeler l'importance de la liberté religieuse comme l'un des « éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie » ainsi qu'« un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents »¹³⁷⁹.

268. Dans le second cas, l'étude des moyens employés à l'éviction des convictions religieuses et de la méthode suivie par les juridictions judiciaires pour y parvenir nous a permis de constater que si les standards juridiques constituent des outils prometteurs du raisonnement en ce qu'ils

¹³⁷⁹ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 31.

procurent aux juges la flexibilité et la neutralité d'apparence nécessaires à l'appréhension du religieux, ceux-ci sont vecteurs d'incompatibilités fondamentales avec la liberté de religion. Le principal problème qui se pose en matière religieuse tient en effet à leur articulation autour de la normalité, laquelle constitue la clef de voûte du raisonnement juridique en termes de standards. Or, la matière religieuse ne doit laisser aucune place à une normalité statistique ou neutralisante car un tel prisme reviendrait à priver la liberté de religion de sa substance : celle qui en fait un vecteur de pluralisme et de diversité. C'est pourquoi les standards juridiques devraient être utilisés dans le raisonnement juridique moins comme des outils de qualification juridique indirecte du fait religieux que comme des outils d'appréciation de la liberté de religion destinés à la mettre en balance avec d'autres intérêts concurrents. La normalité ne devrait en effet pas intervenir sur l'applicabilité de ladite liberté mais uniquement intervenir au stade de son application, au sein d'une méthodologie construite autour de la proportionnalité. L'utilisation des standards juridiques, parce qu'elle ouvre la voie à la pluridisciplinarité et par conséquent à l'intervention de sachants, a par ailleurs pour conséquence non négligeable celle de favoriser une résurgence contestable de l'appartenance religieuse qui valorise les dogmes d'une religion donnée et leur respect au détriment des convictions religieuses individuelles.

CONCLUSION DU TITRE 2

269. De la recherche d'une méthode neutralisante à la neutralisation de la liberté de religion. L'appréhension des convictions religieuses s'est traduite dans les décisions judiciaires par l'établissement de stratégies d'évitement destinées à préserver la neutralité du raisonnement. Cette velléité neutralisante s'est construite sur la base de contingences historiques et de conceptions juridiques investies d'une charge symbolique. L'étude des décisions judiciaires portant sur des contentieux impliquant une donnée religieuse a permis de mettre en exergue l'existence d'une méthode, réitérée, d'effacement de cette donnée religieuse par l'usage de « dispositifs échappatoires »¹³⁸⁰ permettant aux juridictions de ne point sembler donner de conséquences juridiques aux convictions religieuses. En l'absence de catégorie juridique propre aux convictions protégées par la liberté de religion, les juges ont opté pour une prise en compte indirecte des convictions religieuses au travers de notions à contenu souple, les standards juridiques, permettant d'intégrer indirectement le « fait religieux » dans leur solution. Tel est par exemple le cas du standard du danger en matière d'assistance éducative, qui constitue un outil particulièrement employé par les juges pour appréhender le religieux sans qu'il n'apparaisse comme un élément déterminant : dans le raisonnement, c'est le danger caractérisé qui emporte des effets juridiques. D'autres techniques, plus neutralisantes encore, ont conduit les juridictions à évincer totalement la donnée religieuse de la décision, voire la liberté de religion elle-même, en la passant sous silence quand bien même elle constituait un élément du litige invoqué par les parties.

Cette technique juridictionnelle présente pourtant de nombreux écueils. Parce qu'elle repose sur une conception abstraite de l'égalité, elle n'est pas adaptée pour appréhender l'exercice par l'individu de sa faculté d'autodétermination et, en matière religieuse, de ses convictions religieuses. Elle fait abstraction du choix individuel. Un tel détachement n'offre pas à la liberté de religion l'appréhension de la pluralité de ses manifestations, tant dans la forme qu'elles revêtent que dans l'intensité de la croyance qu'elles traduisent. En outre, cette neutralisation du raisonnement conduit parfois à des situations de blocage, voire d'inertie juridictionnelle, incompatible avec une protection effective de la liberté de religion telle que l'exige pourtant la Cour EDH.

¹³⁸⁰ H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 75, n° 4.

D'autre part, l'emploi de standards juridiques pour juger du religieux interroge. Le référentiel d'analyse de ces notions-cadre réside en effet dans une appréciation en termes de normalité et d'anormalité. La conception alors retenue de la normalité peut alors conduire à des résultats tout à fait inégaux. Aussi, l'adoption d'un prisme « statistique » de la normalité religieuse, qui voit dans le normal ce qui est commun, est-elle susceptible d'entraîner des inégalités favorables aux religions anciennes ou majoritaires, nécessairement plus « normales » selon ce point de vue que les religions nouvelles ou minoritaires. Inversement, le choix d'un prisme voyant dans la normalité ce qui est raisonnable et équilibré semble davantage approprié à l'office du juge. Mais le problème de l'emploi des standards réside surtout dans le fait qu'ils sont utilisés comme des outils de qualification juridique des convictions religieuses (qui sont intégrées comme élément de fait dans l'appréciation des standards), ce qui a pour conséquence d'opposer liberté de religion et droit commun. Ceux-ci sont alors appréhendés comme des droits concurrents dans leur champ d'application et non pas comme des droits à mettre en balance dans leurs effets, ce qui contribue à relativiser la portée de la liberté de religion, celle-ci étant majoritairement effacée derrière le droit commun.

L'irrégularité de la protection offerte à la liberté de religion qui découle de l'inconfort des tribunaux à manipuler le religieux a même conduit certains auteurs à se demander s'il ne serait finalement pas plus efficient de protéger cette liberté sous l'angle d'autres dispositions plus séculières, en la démembrant derrière la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit au respect de la vie privée, etc. Finalement, cette technique juridictionnelle d'éviction des convictions religieuses encourage une certaine forme de repli à l'égard de la liberté de religion et en obscurcit la portée. À trop vouloir faire comme si la religion n'existait pas, c'est la liberté de religion que les juridictions passent, inconsciemment, sous silence.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

270. Défiance. Étudier l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires c'est d'abord constater que les raisonnements et leurs mécanismes sont orientés selon un premier sens du terme « appréhension », qui désigne l'action d'envisager quelque chose avec crainte. Nous avons en effet remarqué que cette forme d'appréhension était le dénominateur commun des épistémologies dominantes du raisonnement judiciaire français à l'égard du religieux, spécifiquement tout au long du XX^e siècle. Cette appréhension nous a cependant semblé tenir davantage de la défiance que d'un véritable sentiment de crainte et de peur : une défiance à l'égard des institutions religieuses, mais aussi une défiance envers les nouvelles formes de religiosité et leur impact sur l'ordre juridique étatique. C'est en effet avec la loi de 1905 que la défiance à l'égard des religions institutionnalisées fut consacrée dans le droit français. En établissant la séparation des Églises et de l'État, le législateur de 1905 a en réalité bouleversé les mécanismes d'appréhension du religieux : en distinguant l'ordre juridique étatique de l'ordre religieux, on provoquait leur coexistence parallèle (et non plus confondue) au sein de la société française ; en organisant leur séparation, on consacrait une perception de la religion en tant qu'organisation rivale produisant un système de normes concurrentes avec les normes de l'ordre juridique étatique ; en refusant que ses normes produisent quelconques effets sur l'application du droit étatique, on admettait que la religion institutionnalisée soit constitutive d'un ordre juridique distinct. Ce mouvement de dissociation fonctionnelle s'est de surcroît réalisé dans un climat d'exaltation des idées de liberté individuelle et d'autonomie personnelle, qui constitua le terreau de l'hyperindividualisme posmoderne.

Ce contexte a favorisé l'émergence de nouveaux modes du croire, l'individualisme juridique façonnant la redéfinition de la religion par son individualisation. Depuis, le concept de religion a dépassé les définitions systémiques proposées par DURKHEIM et s'est orienté autour de l'individu et de sa propre religiosité. Cette individualisation de la religiosité, fruit de la privatisation du religieux, constitue une première clef de compréhension de la notion de « convictions religieuses ». Celle-ci traduit un phénomène particulier, fruit, dans un sens, du recul de la place et

du rôle de la religion institutionnalisée (dans le droit mais aussi dans la société) et, dans l'autre, du développement d'un individualisme aussi bien juridique que religieux.

Dans les décisions de justice, cette nouvelle forme de religiosité s'est traduite de façon binaire, divisée entre ce qui relève de l'intériorité, du sentiment religieux, et ce qui relève de l'extériorité, c'est-à-dire de la manifestation. Le premier s'est révélé similaire à une émanation de la conscience, laquelle, bien qu'inaccessible, n'est pourtant pas intouchable. L'atteinte aux sentiments religieux s'est ainsi présentée comme la révélation juridictionnelle de l'aspect intérieur des convictions religieuses. Elle représente un contentieux principalement ciblé sur les rapports entre la liberté d'expression et la liberté de conscience (mesures d'urgence, droit pénal, droit de la responsabilité). Les secondes font quant à elles l'objet d'un contentieux plus divers, mobilisant le droit des personnes, le droit de la santé, le droit du travail et, évidemment, le droit administratif. Les manifestations de convictions religieuses prennent ainsi la forme de comportements religieux tantôt individuels tantôt collectifs et, dans le second cas, elles s'intègrent dans des communautés de croyants qui expriment et garantissent les droits individuels à la liberté de religion de leurs membres.

L'idée sous-jacente d'une religiosité individuelle qui n'est plus nécessairement assurée par procuration *via* un groupe d'appartenance s'est logiquement incorporée dans le discours juridique, non sans avoir suscité un certain nombre de mécanismes de méfiance. Parce qu'elles représentent une individualisation de la religiosité, les convictions religieuses peuvent être perçues comme les vecteurs d'un communautarisme dissimulé derrière la liberté individuelle et fomentent ainsi la crainte d'un conflit de cultures larvé. Dans le droit, cette crainte s'est traduite sous la forme d'une polarisation de la laïcité qui, de principe juridique, a été enrichie d'une dimension philosophique. Un glissement juridique semble de la sorte s'opérer du principe de laïcité, une laïcité-outil, vers une laïcité-finalité qui s'envisage moins comme un instrument de protection de la liberté de religion et de la neutralité de l'État que comme un objectif à atteindre, voire une valeur à défendre. Dans cette perspective, la laïcité n'offre plus de protection à la liberté de religion : elle en constitue une limite. Cette « nouvelle laïcité », brandie dans une logique de défense d'une identité culturelle et politique¹³⁸¹, intègre progressivement l'obligation de neutralité dans le champ du droit privé et la diffuse dans l'espace public. Tout en étant gardiens des libertés individuelles, et donc de la liberté de religion, la pratique des juges judiciaires semble majoritairement tournée autour de la recherche d'une neutralité renforcée envers les convictions religieuses et la religiosité en général.

¹³⁸¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, LGDJ, 2014.

271. Une prise en compte indirecte et silencieuse. Consciemment ou non, les juridictions judiciaires semblent ainsi avoir établi une méthodologie de contournement de ces données religieuses en cherchant à les prendre en compte de façon silencieuse et sans que cette prise en compte n'apparaisse dans la motivation. Cette stratégie méthodologique, qui a pour fonction celle de « barricader le prétoire »¹³⁸² contre le risque d'intrusion d'un droit religieux dans le droit étatique, repose sur une robuste assise épistémologique construite sur l'égalité formelle, l'unité et l'universalité. Elle prend la forme d'une neutralisation du raisonnement juridique, qui classe les convictions religieuses parmi les éléments de fait, voire qui les passe sous silence dans la décision. Fantômes du raisonnement, les convictions religieuses sont ainsi effacées – en l'absence de notion juridique consacrée – derrière des notions d'apparence plus neutres, les standards juridiques, et tamisées derrière des constatations factuelles. Pourtant, l'utilisation des standards juridiques soulève une importante question en termes de neutralité axiologique notamment en ce que le mécanisme fonctionne sur la base d'une appréciation en termes de normalité. Par ailleurs, la liberté de religion elle-même figure rarement au visa des décisions, si bien que d'aucuns en viennent à se demander s'il ne serait pas plus opportun de la démembrer dans des dispositions plus séculières (liberté d'expression, liberté d'association, droit au respect de la vie privée). D'où un retour indispensable à la méthodologie et à la construction des modalités de prise en compte des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire (**Partie 2**), pour que soit rendue à la liberté religieuse son statut de droit fondamental.

¹³⁸² Selon l'expression de H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 118, n° 94.

SECONDE PARTIE - CONSTRUIRE LA PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

272. Analogie par le synonyme : l'appréhension comme prise en compte. L'étude de l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires a répondu au deuxième sens du terme « appréhension », selon lequel celle-ci désigne le « fait de saisir par l'esprit »¹³⁸³, ou encore « toute opération intellectuelle [...] soit de perception, soit de jugement, [...] considérée comme s'appliquant à un contenu distinct de l'opération elle-même »¹³⁸⁴. La question de l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires change de prisme lorsqu'elle s'envisage à l'aune d'une telle définition. De la crainte, l'appréhension se mue en prise en compte. Pourtant, une telle posture n'a *a priori* rien d'évident. Nombreux sont les juristes, praticiens et théoriciens du droit, qui considèrent que la laïcité et la non-discrimination interdisent toute prise en considération de la donnée religieuse. Une telle tendance « à ne retenir, dans l'idée de laïcité, que l'affirmation de l'incompétence de l'État dans le domaine religieux »¹³⁸⁵ était d'ailleurs déjà observable à la fin des années cinquante. Il était donc nécessaire de construire les fondements théoriques et épistémologiques de la prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires, d'en trouver les assises avant d'en élaborer les méthodes. Pourquoi et comment les convictions religieuses peuvent-elles trouver une place dans le raisonnement judiciaire ? Partant de là, un certain nombre d'éléments en faveur de la construction d'une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires peuvent être relevés : à la pénétration des convictions religieuses dans le raisonnement juridique (**Titre 1**) succèdera l'étude de leur intégration dans le raisonnement judiciaire (**Titre 2**).

¹³⁸³ *Le Petit Robert de la langue française*, v. « appréhension ».

¹³⁸⁴ TLFi, v. « appréhension ».

¹³⁸⁵ P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *RTD Civ*, 1956, p. 1 (voir p. 7, n° 4).

TITRE 1 – LA PENETRATION DES CONVICTIIONS RELIGIEUSES DANS LE RAISONNEMENT JUDICIAIRE

273. Prémisses. S'interroger sur l'appréhension des convictions religieuses revenait à identifier leur place dans le raisonnement judiciaire. Il fallait comprendre d'où nous venait cette intuition selon laquelle les convictions religieuses pouvaient jouer un rôle dans le raisonnement, qu'elles y avaient une place au même titre que n'importe quelle autre donnée d'un litige, et surtout sur quel fondement cette prise en compte était envisageable. L'enjeu se cristallisait donc autour de d'un travail épistémologique destiné à identifier un éventuel changement de perspective qui pourrait conduire la pensée juridique à envisager une conception individuelle, subjective et structurante de la liberté de religion (**Chapitre 1**). Mais il fallait aussi prouver en quoi la pénétration des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire était théoriquement opportune, au regard du principe de laïcité et du droit de la non-discrimination (**Chapitre 2**).

274. Excavation. Le premier chapitre de cette thèse a identifié un phénomène d'individualisation du croire et d'individualisation de la religion. Cette évolution constitue un premier indice des recompositions de la religiosité tant dans le champ sociologique que juridique, qui suscitent une évolution de la pratique juridique à l'égard de la liberté de religion. L'analyse des raisonnements juridiques suivis aux États-Unis et au Canada révèle en effet que l'individualisation de la religiosité s'est traduite dans le droit par la subjectivisation de la liberté de religion (**Section 1**). La construction de cette logique subjective se combine avec le développement d'un discours sur le pluralisme (**Section 2**), et favorise la compréhension juridique des convictions religieuses.

SECTION I – LA SUBJECTIVISATION DE LA LIBERTE DE RELIGION

275. De l'individualisation du religieux à la subjectivisation de la liberté de religion. Le phénomène d'individualisation du « croire » a conduit à l'élaboration d'une définition de la liberté de religion centrée sur l'autoréférencement individuel¹³⁸⁶. Ce tournant subjectif, qui s'est d'abord imposé aux États-Unis (I) avant de rejoindre le Canada¹³⁸⁷ et l'Europe (II), s'est principalement construit à partir du détachement des autorités judiciaires envers le religieux, aussi bien à l'égard des autorités religieuses que des consciences individuelles.

I. L'EMERGENCE D'UNE PERSPECTIVE SUBJECTIVE AUX ÉTATS-UNIS

« Comme en maint autre domaine, dès le début de leur histoire de nation indépendante, les États-Unis ont présenté, soit dans leur Constitution, soit dans d'autres domaines, un exemple assez nouveau et remarquable de relations entre religion organisée et société. Au plan constitutionnel, l'innovation frappante fut la répudiation de l'ancienne institution européenne de l'Établissement par la séparation de l'Église et de l'État tant au niveau fédéral qu'au niveau de chaque État. [...] Sur un plan non formel, l'innovation frappante fut d'accepter ce que l'on pourrait appeler un 'pluralisme dénominationnel', c'est-à-dire, la coexistence, avec droits sociaux égaux, d'innombrables collectivités religieuses ou 'Églises' en compétition [...] La liberté pour l'individu d'appartenir ou d'apporter son soutien à l'un quelconque de ces groupes 'dénominationnels' impliquait aussi sa liberté de se soustraire à tous. [...] Pour autant que cela relevait de l'autorité politique, la religion cessait d'être un objet d'intérêt public' et se trouvait reléguée dans le domaine des affaires privées. [...] Ce schéma contraste avec la tradition européenne en général, dont on peut affirmer que l'institution dominante fut celle de l'église établie »¹³⁸⁸.

¹³⁸⁶ Sur l'autoréférencement et l'individualisation de la religion, v. *supra* n° 42s.

¹³⁸⁷ V. par ex. les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981) et *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989), cités dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem* (§ 45). Pour un retour plus détaillé sur la jurisprudence américaine, v. A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28, en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity>.

¹³⁸⁸ T. PARSONS, « Réflexions sur les organisations religieuses aux États-Unis », *Arch. de Sociologie des Religions*, 1957, 3, p. 21.

276. Les clauses religieuses, deux garanties constitutionnelles de la liberté de religion.

Les racines américaines de la subjectivisation de la liberté de religion résident dans les clauses religieuses du Premier Amendement de la Déclaration des Droits (*Bill of Rights*), que l'on peut ainsi traduire en français : « Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice ». De façon générale, le Premier Amendement exclut toute réglementation gouvernementale des croyances religieuses¹³⁸⁹. La première proposition, la clause d'*Establishment*, interdit au gouvernement d'établir une religion officielle ou de préférer une religion à une autre ; elle prohibe l'impôt religieux, garantit la liberté de conscience individuelle et l'autonomie des groupements religieux contre l'intervention étatique ; elle érige un « mur de séparation » entre l'Église et l'État¹³⁹⁰. La seconde, la clause de *Free Exercise*, protège les individus dans la pratique de leur religion en interdisant à l'État de prohiber directement, sans justification suffisante, un comportement dicté par une conviction religieuse individuelle. Rédigées dans un contexte particulier, lorsque l'idée d'État et le concept de religion étaient bien définis et où l'autonomie religieuse était assurée par sa soustraction à la compétence du gouvernement national, ces clauses religieuses ont connu des transformations sociales et juridiques¹³⁹¹ qui amènent à s'interroger sur la manière dont les intérêts religieux doivent être traités, remettent en question leur clarté et leur articulation. Des problématiques semblables à certaines interrogations françaises émergent ainsi : comment assurer le libre exercice de leur religion par les individus, par exemple en s'assurant qu'ils puissent se retrouver au sein d'un lieu de culte, sans fragiliser le mur qui sépare l'État de l'Église ? Garantir l'effectivité du droit à la liberté de religion implique-t-il une dérogation au principe de séparation ? Ces deux clauses qui, pour leurs rédacteurs, représentaient deux dispositions bien différentes défendant deux objectifs compatibles, se sont révélées le fondement respectif de solutions contradictoires, l'une allant dans le sens de la tolérance religieuse, l'autre dans celui de la séparation. Cette tension représente un thème important du traitement

¹³⁸⁹ USSC, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990).

¹³⁹⁰ V. la définition donnée par le juge BLACK dans la décision USSC, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), §15s. : « *The "establishment of religion" clause of the First Amendment means at least this: neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. Neither can force nor influence a person to go to or to remain away from church against his will or force him to profess a belief or disbelief in any religion. No person can be punished for entertaining or professing religious beliefs or disbeliefs, for church attendance or non-attendance. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organizations or groups, and vice versa. In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect "a wall of separation between church and State"* » (la dernière citation renvoie à la décision USSC, *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 164).

¹³⁹¹ L'application des clauses religieuses par le biais du Quatorzième Amendement (*Due Process*), le passage d'un gouvernement aux pouvoirs limités à un état plus affirmé et l'expansion de notre compréhension de la nature de la religion en sont des exemples mentionnés par L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2 éd., The Foundation Press, 1988, p. 1154.

doctrinal du concept d'autonomie religieuse aux États-Unis¹³⁹². Elle illustre également les enjeux inhérents à une laïcité américaine reposant sur les principes de neutralité, de séparation, de pluralisme et de liberté.

277. C'est dans la mise en œuvre de ces clauses que le tournant subjectif s'est construit dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis, notamment à partir d'une problématique qui conditionne leur application : celle de la définition à donner au mot « religion » dans un cadre de séparation des Églises et de l'État. Le tournant subjectif américain puisera sa source dans l'attitude de « hands off » déployée par la Cour Suprême des États-Unis, au nom de la séparation, mais sur la base d'une volonté tant doctrinale que jurisprudentielle d'appréhension et de compréhension de ce qu'est la « religion » au sens du Premier Amendement de la Constitution (**A**). Il se concrétisera par la construction d'une logique subjective, centrée sur l'individu, dans l'appréciation des clauses religieuses (**B**).

A. Le développement d'une question religieuse

278. En son volet liberté religieuse, le Premier Amendement de la Constitution des États-Unis dispose que « Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice ». Parce que l'application de ces clauses religieuses dépend du terme « religion », ce dernier s'est imposé comme objet de discussion juridique destiné à encadrer le champ d'application des clauses religieuses (1). À partir des années 1940, cette question religieuse s'est pourtant confrontée à une attitude de recul de la Cour Suprême qui se représente, de plus en plus, la religion comme un domaine intime, privé, et interdit à l'appréciation des juges et des jurys (2).

1. La religion comme objet de discussion juridique

279. Tout au long des dix-huitième et dix-neuvième siècles, le respect de l'autorité des juridictions religieuses a conduit la Common Law américaine à ne pas s'ingérer dans les affaires des Églises. Cette posture se traduisait surtout par la distanciation des autorités séculières envers les décisions rendues par les autorités religieuses, les tribunaux étatiques devant accepter et se plier aux décisions rendues par les autorités religieuses en matière de discipline, de foi ou de règles

¹³⁹² V. par ex. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, préc., p. 1154s. ; K. M. SULLIVAN et G. GUNTHER, *Constitutional Law*, 14 éd., Foundation Press, 2001, p. 1434s.

ecclésiales, de coutume, ou de lois religieuses¹³⁹³. Pourtant, de l'aveu de la Cour Suprême des États-Unis, il était nécessaire, en l'absence de définition constitutionnelle, de pouvoir déterminer une acception juridique de la « religion » dans le but d'en protéger l'existence et les manifestations. Définir la religion revenait en effet à déterminer quelle liberté de religion les rédacteurs de la Déclaration des Droits entendaient garantir :

« The word "religion" is not defined in the Constitution. We must go elsewhere, therefore, to ascertain its meaning, and nowhere more appropriately, we think, than to the history of the times in the midst of which the provision was adopted. The precise point of the inquiry is what is the religious freedom which has been guaranteed »¹³⁹⁴.

La conscience de cet enjeu se retrouve chez les auteurs américains. Certains reconnaissent que la religion est rendue visible et intelligible par la loi et que sa compréhension juridique permet d'établir un cadre normatif de régulation des relations interpersonnelles en matière religieuse. Selon eux, l'acception juridique de la religion encadre la protection juridique qui lui est accordée.

« Religion never simply appears before the law. It is rendered visible and intelligible by the law, inside and outside the courts, in a way that is least in tension with the underlying majority culture. Thus legal constructions of religion establish a normative framework for regulating social and legal relations among those who might have different ideas and attitudes about religion and what exercises of it are entitled to legal protection »¹³⁹⁵.

La compréhension juridique de la « religion » suscite ainsi une réflexion doctrinale conséquente, qui figure systématiquement dans les ouvrages de droit constitutionnel américain et qui fait l'objet de multiples travaux doctrinaux¹³⁹⁶. Certains auteurs iront d'ailleurs jusqu'à considérer que la reli-

¹³⁹³ USSC, *Watson v Jones*, 80 US 679, 727 (1872) ; v. ég. *Harmon v. Dreyer* (2 Speer's Equity 87) : « It belongs not to the civil power to enter into or review the proceedings of a spiritual court. The structure of our government has, for the preservation of civil liberty, rescued the temporal institutions from religious interference. On the other hand, it has secured religious liberty from the invasion of the civil authority. The judgments, therefore, of religious associations bearing on their own members are not examinable here, and I am not to inquire whether the doctrines attributed to Mr. Dreher were held by him, or whether, if held, were anti-Lutheran; or whether his conduct was or was not in accordance with the duty he owed to the synod or to his denomination... When a civil right depends upon an ecclesiastical matter, it is the civil court, and not the ecclesiastical, which is to decide. But the civil tribunal tries the civil right, and no more, taking the ecclesiastical decisions out of which the civil right arises as it finds them ».

¹³⁹⁴ USSC, *Reynolds v. United-States*, 98 U.S. 145 (1878).

¹³⁹⁵ A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28, en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity> (nous soulignons).

¹³⁹⁶ V. respectivement K. M. SULLIVAN et G. GUNTHER, *Constitutional Law, op. cit.*, p. 1441 ; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law, op. cit.*, p. 1179s. et W. F. SULLIVAN, *The Impossibility of Religious Freedom*, 2 éd., Princetown University Press, 2018 ; K. GREENAWALT, « Religion as a Concept in Constitutional Law », *California Law Review*, 1984, n° 5, Vol. 72, p. 753 (l'auteur suggère que la détermination de ce qui est religieux doit l'être à l'aune de ce qui est « incontestablement religieux » : « courts should decide whether something is religious by comparison with the indisputably religious, in light of the particular legal problem involved ») ; pour un retour sur les nombreuses tentatives doctrinales de définition de la « religion », v. J. CHOPER, « Defining "Religion" in the First Amendment », *University of Illinois Law Review*, 1982, p. 579.

gion ne peut pas être définie avec cohérence en droit américain dès lors que chacun en a une définition différente¹³⁹⁷.

280. Consciente de ce besoin de protection juridique, la Cour Suprême n'a pourtant donné aucune définition de la religion faisant autorité (ce qui explique la profusion doctrinale sur la question), et semble même lui avoir construit une acception exigüe tout au long du dix-neuvième siècle, excluant de la sorte du champ de protection de la liberté religieuse des croyances moins conventionnelles (on pense par exemple aux Mormons¹³⁹⁸), en dépit de la grande diversité confessionnelle existant sur le territoire américain dès 1789. La tendance s'est inversée à partir des années 1940 : l'application, jusqu'alors limitée au gouvernement fédéral, des clauses religieuses fut étendue aux lois des États fédérés et l'acceptation d'une compréhension plus englobante de la religion fut envisagée. Cette dernière s'était notamment rendue nécessaire par les recompositions sociales et théologiques du vingtième siècle ; la diversification et la multiplication des croyances et pratiques religieuses ayant rendu inévitable que cette compréhension évolue au bénéfice d'une définition suffisamment large pour que soient protégées des croyances toujours plus nombreuses et diverses. Tandis qu'en 1890 les opinions d'un demandeur Mormon quant à la polygamie et la bigamie ne purent être considérées comme des préceptes religieux, sauf à « offenser le sens commun d'humanité »¹³⁹⁹, il ne fut en théorie plus question, à compter de l'affaire *Ballard*, de juger du bien-fondé d'une croyance religieuse pour que lui soit accordé le bénéfice de la protection des clauses religieuses. Or, si la clause de *free exercise* supposait une telle ouverture à la diversité pour que soit garantie l'effectivité de son champ d'application, la clause d'*establishment* justifiait une grande prudence dès lors qu'il eut été inadmissible qu'elle puisse être instrumentalisée sous couvert d'une conception extensive de la religion, et que l'État puisse être accusé de favoriser une religion sans même qu'il n'en eut été conscient. Certains auteurs américains proposèrent alors que la religion fasse l'objet d'une compréhension différente selon que l'on se place à l'aune de l'une ou l'autre des clauses religieuses. Le constitutionnaliste américain Laurence TRIBE suggéra en ce sens que la religion soit définie de façon très large et englobante sous l'angle de la clause du *free exercise* mais qu'elle soit restreinte au regard de la clause d'*establishment*¹⁴⁰⁰. Quoique séduisante car elle permettrait d'assurer une grande adaptabilité des convictions protégées par la liberté reli-

¹³⁹⁷ W. F. SULLIVAN, *The Impossibility of Religious Freedom*, préc. (cette conclusion mène l'auteur au constat selon lequel alors que la liberté de religion s'envisageait comme une idée politique valorisant la tolérance, celle-ci est aujourd'hui devenue un vecteur d'intolérance).

¹³⁹⁸ V. par ex. USSC, *Reynolds v. United-States*, préc. ; USSC, *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890) (considérant que les opinions du demandeur, Mormon, quant à la polygamie et à la bigamie ne sauraient être considérées comme des préceptes religieux sauf à offenser le sens commun d'humanité).

¹³⁹⁹ V. par ex. USSC, *Davis v. Beason*, préc..

¹⁴⁰⁰ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., § 14-6.

gieuse (volet individuel du libre exercice) tout en évitant à l'État d'être accusé de mettre en avant d'éventuels préceptes religieux (volet institutionnel de la séparation), cette hypothèse dut être abandonnée car le texte constitutionnel ne confère pas deux significations distinctes au mot « religion »¹⁴⁰¹.

281. La solution se serait toutefois imposée en jurisprudence. La Cour Suprême préféra une interprétation extensive de la religion à l'aune de la clause de *free exercise*, évitant soigneusement de la caractériser sous l'angle de la clause d'*establishment* et préférant s'orienter sur le concept même d'*establishment* pour en éviter l'instrumentalisation. Cette stratégie lui permit de protéger le champ d'action de l'État contre des stratégies juridiques défensives lui imputant la promotion d'une supposée religion pour exempter les défendeurs de condamnations pénales. Il fut par exemple considéré que le fait pour l'État d'avoir sanctionné les responsables de la dégradation d'un bombardier était bien conforme à la Constitution, quand bien même les dégradations avaient été perpétrées pour contester la préférence alléguée de l'État envers le « nucléarisme »¹⁴⁰². En l'occurrence, les responsables prétendaient qu'en s'engageant dans une guerre nucléaire, le gouvernement américain favorisait une religion, le nucléarisme, en violation de la clause d'*establishment*. L'argument ne fut pas retenu. Tout en acceptant la potentialité que le nucléarisme soit qualifié de religion (interprétation extensive), la Cour estima que la protection de la propriété de l'État n'avait pas eu pour objectif principal l'établissement du nucléarisme¹⁴⁰³ (déviation de l'appréciation vers la notion d'*establishment*):

« Yet even if “nuclearism” could be classified as a religion, the district court rightly refused a hearing on the issue, for the property protection statute here does not have as its primary purpose the establishment of “nuclearism” »¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ Cf. l'opinion dissidente du juge RUTLEDGE sous USSC, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) : « “Religion” appears only once in the Amendment. But the word governs two prohibitions and governs them alike. It does not have two meanings ». V. ég. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^e éd., The Foundation Press, 1988, p. 1179s., spéc. p. 1186.

¹⁴⁰² Selon la définition du psychiatre américain Robert Jay LIFTON, le nucléarisme peut se définir comme « the passionate embrace of nuclear weapons as a solution to death anxiety and a way of restoring a lost sense of immortality. Nuclearism is a secular religion, a total ideology in which “grace” and even “salvation” – the mastery of death and evil – are achieved through the power of a new technological deity. The deity is seen as capable not only of apocalyptic destruction but also of unlimited creation. And the nuclear believer or “nuclearist” allies himself with that power... As with any religion, embrace of nuclearism is likely to be marked by a “conversion experience” – an immersion in death anxiety followed by rebirth into the new world view. At the heart of the conversion experience is an overwhelming sense of awe – a version of Freud’s “oceanic feeling” in which one’s own insignificance in relationship to the larger universe is so extreme as to feel oneself, in effect, annihilated », cité dans de nombreux ouvrages, v. par exemple I. CHERNUS et E. T. LINENTHAL, *A Shuddering Dawn: Religious Studies and the Nuclear Age*, SUNY Press, 1989, p. 126.

¹⁴⁰³ L'auteure a procédé ici à une traduction littérale de l'expression anglaise sub-citée.

¹⁴⁰⁴ USSC, *United States v. Allen*, 760 F.2d 447, 451-452 (2d Cir. 1985) (nous soulignons).

282. L'épanouissement du contentieux de la liberté de religion par l'application des clauses religieuses aux lois des États fédérés, et le renforcement de la nécessité d'une liberté englobante, emportèrent l'élargissement du domaine interdit aux tribunaux séculiers : celui de la religion (2).

2. La religion comme domaine interdit

« Freedom of thought, which includes freedom of religious beliefs, is basic in a society of free men... It embraces the right to maintain theories of life and of death and of the hereafter which are rank heresy to orthodox faiths. Heresy trials are foreign to our Constitution. Men may believe what they cannot prove. They may not be put to the proof of their religious doctrines or beliefs. Religious experiences which are as real as life to some may be incomprehensible to others »¹⁴⁰⁵.

283. C'est à partir de l'arrêt *Ballard* que l'hypothèse de l'interdiction de l'intervention judiciaire dans la résolution des questions religieuses s'est renforcée et déployée. L'affirmation, puis la consolidation jurisprudentielle d'une attitude de « hands off » en la matière, encouragée par une partie de la doctrine¹⁴⁰⁶, s'explique par deux raisons qui tiennent à la compétence des institutions juridiques et à la réticence croissante des tribunaux à s'ingérer dans les croyances religieuses ; elle va de pair avec l'octroi du bénéfice de la protection de la liberté de religion à une diversité croissante de croyances religieuses.

284. **Une question de compétence institutionnelle.** De l'affaire *Ballard* fut tiré le principe selon lequel les tribunaux séculiers ne seraient ni institutionnellement ni épistémologiquement compétents pour rendre des décisions en matière religieuse. La Cour Suprême y avait considéré que les clauses religieuses interdisaient aux tribunaux de décider du caractère vrai ou orthodoxe des croyances religieuses d'une personne¹⁴⁰⁷. L'incompétence juridictionnelle dans le domaine religieux fut confirmée, puis étendue, par une série de décisions à l'issue desquelles il fut jugé que les tribunaux ne sauraient résoudre des controverses portant sur des pratiques ou des doctrines

¹⁴⁰⁵ USSC, *United States v. Ballard*, 322 US 78, 86 (1944).

¹⁴⁰⁶ J. A. GOLDSTEIN, « Is there a Religious Question Doctrine ? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs », *Catholic University Law Review*, 2005, n° 4, Vol. 54, p. 497 ; S. J. LEVINE, « The Supreme Court's Hands-off Approach to Religious Doctrine: An Introduction », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 793 ; *contra* R. GARNETT, « A Hands-Off Approach to Religious Doctrine: What are We Talking About? », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 837. De ce dernier article, on retiendra la citation suivante : « It is to suggest, though, that the hands off rule is not about “blindness” or “neutrality”, and also that the rule's content and rationale should be consistent with – and should, at least in part, take their shape from – the idea that religion and religious freedom are human goods that deserve protection and promotion ».

¹⁴⁰⁷ USSC, *United States v. Ballard*, préc.

religieuses¹⁴⁰⁸, ni déterminer l'interprétation de doctrines religieuses et leur importance au sein d'une religion¹⁴⁰⁹. En ce sens, il fut admis que les juridictions ne pouvaient accorder aucune considération aux questions doctrinales relatives au rituel, à la liturgie du culte ou encore aux principes de la foi¹⁴¹⁰. Pour certains auteurs, cette incompétence se justifierait par le principe de séparation entre les Églises et l'État¹⁴¹¹, ce qui suppose d'accepter que la résolution des questions religieuses, dans le cadre d'un modèle pluraliste, revienne à d'autres institutions que les institutions étatiques, par définition séculières¹⁴¹². Contrairement à la France, où la distance envers le religieux s'explique par une méfiance de l'État envers l'influence de l'Église, l'attitude de « hands off » déployée aux États-Unis se ferait la garantie d'une religion protégée contre l'État¹⁴¹³.

285. Une question de réticence juridictionnelle. Par ailleurs, l'analyse des décisions de la Cour Suprême des États-Unis postérieures à 1944 fait état d'une tendance à éviter de prendre des décisions qui exigent que soit porté un jugement sur une doctrine religieuse¹⁴¹⁴. La règle de « hands off » se comprendrait ainsi comme l'interdiction faite aux autorités étatiques de rendre des décisions de nature religieuse, c'est-à-dire des décisions impliquant la résolution de questions religieuses ou l'exécution d'obligations religieuses¹⁴¹⁵. Il s'agit, en d'autres termes, de ne pas faire des tribunaux étatiques le bras séculier des Églises. Vraisemblablement, suite à l'affaire *Ballard*, la haute cour étatsunienne aurait développé une certaine réticence en la matière, qui n'est pas sans rappeler l'attitude distante des juridictions françaises quant au fait religieux. D'autant que la doctrine américaine ne manque pas de souligner que l'étendue de cette attitude de « hands off » s'est accrue, et que l'interdiction faite aux tribunaux de s'immiscer dans l'analyse de la religion ou des

¹⁴⁰⁸ USSC, *Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 449 (1969).

¹⁴⁰⁹ *Idem* ; v. ég. USSC, *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 603 (1978) : the courts may make « no inquiry into religious doctrine ».

¹⁴¹⁰ USSC, *Maryland. & Va. Churches v. Sharpsburg Ch.*, 396 U.S. 367, 368 (1970).

¹⁴¹¹ V. en ce sens, les références citées par A. SU, « Judging Religious Sincerity », *op. cit.* : P. HORWITZ, « Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres », *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 2009, n° 79, 44, p. 125 ; G. A. KALSCHER, « Civil Procedure and the Establishment Clause: Exploring the Ministerial Exception, Subject-Matter Jurisdiction, and the Freedom of the Church », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2008, n° 148, Vol. 17, p. 43 ; R. GARNETT, « Things that are Not Caesar's: The Story of *Kedroff v. St Nicholas Cathedral* », in *First Amendment Stories*, sous la dir. de R. GARNETT et A. KOPPELMAN, Foundation Press, 2011.

¹⁴¹² R. GARNETT, « A Hands-Off Approach to Religious Doctrine: What are We Talking About? », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 837 (voir p. 861).

¹⁴¹³ V. en ce sens, A. KOPPELMAN, « The Troublesome Religious Roots of Religious Neutrality », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 865 (voir p. 883).

¹⁴¹⁴ V. en ce sens, S. J. LEVINE, « The Supreme Court's Hands-off Approach to Religious Doctrine: An Introduction », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 793 et les réf. citées p. 795 ; par ex. USSC, *Lyng v. NW Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 439, 458 (1988) (jugant que l'interprétation des propriétés de certaines croyances religieuses place la Cour dans « un rôle qu'elle n'a jamais entendu jouer ») ; USSC, *Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Mem'l Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 451 (1969) (refusant de s'engager dans « le processus interdit d'interprétation... de la doctrine de l'église »).

¹⁴¹⁵ R. GARNETT, « A Hands-Off Approach to Religious Doctrine: What are We Talking About? », *op. cit.*

croyanances religieuses s'est étendue de façon exponentielle depuis plusieurs années¹⁴¹⁶. Cette réticence aurait même, selon certains auteurs¹⁴¹⁷, constitué la principale motivation de la décision *Employment Division v. Smith*, où le refus de se prononcer sur des croyances religieuses et leur force pour déterminer si une revendication religieuse méritait un accommodement aurait conduit la Cour Suprême à restreindre considérablement sa jurisprudence sous l'angle de la clause de *free exercise*, jusqu'alors extensive et protectrice, pour juger que bien qu'il soit constitutionnellement possible d'exempter certaines croyances ou pratiques religieuses de l'application d'une loi générale, ce type d'accommodement ne constituait pas une obligation constitutionnelle¹⁴¹⁸. En l'occurrence, la Cour Suprême avait explicitement refusé que l'application de la loi générale puisse dépendre des obligations religieuses individuelles des uns et des autres, permettant à chacun, au nom de ses croyances, de « devenir lui-même une loi »¹⁴¹⁹. La décision fut comprise par les juridictions inférieures comme imposant une interdiction absolue d'examiner judiciairement les questions religieuses.

286. En tout état de cause, l'affirmation d'une attitude distante vis-à-vis des croyances religieuses a conduit la Cour Suprême, à défaut d'en apprécier le fond ou la force, à construire une logique référencée sur l'individu (**B**), c'est-à-dire à poser un critère subjectif de contrôle sous l'angle des clauses religieuses, et s'il n'est plus question d'apprécier la véracité d'une croyance, la Cour s'autorise à en évaluer la sincérité.

B. La construction d'une logique subjective

« The attractiveness of a sincerity-centred analysis is easy to explain and justify. By removing the requirement that an act or manifestation of belief be supported by official religious texts or doctrine, it allows room for and recognizes the evolving and fluid nature of religion, and moreover, empowers the individual believer »¹⁴²⁰.

287. C'est l'adoption d'une perspective subjective qui permet aux juridictions de conserver cette distance tout en assurant une protection à un panel bigarré de croyances religieuses. Aussi,

¹⁴¹⁶ V. en ce sens, J. A. GOLDSTEIN, « Is there a Religious Question Doctrine ? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs », *Catholic University Law Review*, 2005, n° 4, Vol. 54, p. 497 ; S. J. LEVINE, *op. cit.*

¹⁴¹⁷ V. en ce sens, K. GREENAWALT, « Hands Off! Civil Court Involvement in Conflicts over Religious Property », *Columbia Law Review*, 1998, n° 98, p. 1843 (voir p. 1906).

¹⁴¹⁸ La position alors adoptée fut considérée suffisamment restrictive pour que le Congrès réagisse et adopte le « *Religious Freedom Restoration Act* », trois ans plus tard, destiné à rétablir l'état du droit antérieur à la décision *Smith*.

¹⁴¹⁹ USSC, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 884 (1990).

¹⁴²⁰ A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28 (voir p. 30), en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity>.

de la même manière qu'elles s'en remettent aux institutions religieuses sur les questions de discipline, de foi, de dogmes, de coutumes ou de lois religieuses¹⁴²¹, les juridictions étatiques s'en remettent désormais de plus en plus à la conception que se fait l'individu de ce que sa religion implique, à partir du moment où cette croyance est sincère (1). Ce tournant vers une référence centrée sur la perception individuelle de la religiosité s'accompagne d'une distanciation progressive envers les conceptions classiques, et/ou institutionnalisées, de la religion (2).

1. La référence croissante à la sincérité de la croyance

288. Le critère de la sincérité de la croyance puise ses sources dans le contentieux des objecteurs de conscience. Du temps de la guerre du Vietnam, celui-ci a conduit les tribunaux à se doter d'outils juridiques destinés à vérifier que les demandes d'exemption au service militaire reposaient sur de véritables convictions religieuses. La jurisprudence antérieure ayant interdit aux tribunaux de se prononcer sur le caractère vrai ou plausible d'une croyance religieuse¹⁴²², on opéra un renversement de la logique judiciaire en cessant de chercher à rationaliser objectivement la religion, mais en plaçant l'intéressé au cœur de la démarche judiciaire. L'ultime question à poser, indiquait alors la haute juridiction, était désormais celle de la sincérité de l'objecteur de conscience¹⁴²³. Effectivement, faute de critère objectif d'identification de la religion ou de la religiosité, la personne la plus apte à déterminer le caractère religieux de sa croyance n'est autre que le croyant lui-même. Partant de là, la croyance elle-même importe peu, et seule compte, pour l'appréciation judiciaire, la sincérité du croyant. Elle seule serait matérialisable devant les tribunaux. Dans une affaire *Seeger*, la Cour Suprême des États-Unis expliquait ainsi que :

« [W]hile the 'truth' of a belief is not open to question, there remains the significant question whether it is 'truly held.' This is the threshold question of sincerity which must be resolved in every case. It is, of course, a question of fact... ».

Depuis, le critère de la sincérité a été placé au cœur de nombreuses décisions. Le contrôle y est renforcé lorsqu'un intérêt personnel ou financier est susceptible d'avoir conduit le requérant à mentir sur sa conviction religieuse (pour justifier l'usage de stupéfiants par exemple¹⁴²⁴).

¹⁴²¹ USSC, *Watson v. Jones*, 80 US 679, 727 (1872). Notons que dans cette affaire, la Cour Suprême des États-Unis compare cette position, la sienne, à celle des tribunaux anglais qui sont, eux, disposés à rechercher et à déterminer non seulement la nature et le pouvoir des autorités religieuses mais aussi quel est le standard de croyance au sein de l'organisation religieuse : « it is the duty of the court in such cases to inquire and decide for itself not only what was the nature and power of these church judicatories, but what is the true standard of faith in the church organization and which of the contending parties before the court holds to this standard » (faisant référence au cas *Attorney General v. Pearson*).

¹⁴²² USSC, *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78, 85-87 (1944).

¹⁴²³ USSC, *Witmer v. United States*, 348 U.S. 375, 381 (1955).

¹⁴²⁴ Sur ce point, v. B. ADAMS et C. BARMORE, « Questioning Sincerity: The Role of the Courts After Hobby Lobby », *Stanford Law Review*, 2014, 67, p. 59 (voir p. 60) et les réf. citées.

289. Cette grille de lecture subjectivée de la liberté constitutionnelle de religion¹⁴²⁵ s'est accompagnée d'une distanciation progressive de l'analyse judiciaire envers les conceptions classiques de la religion et des institutions religieuses (2).

2. La distanciation progressive vis-à-vis des conceptions classiques et des institutions religieuses

290. D'une décision à l'autre, la construction du critère de la sincérité de la croyance est allée de pair avec une distanciation vis-à-vis des dogmes professés par les autorités religieuses. Une telle évolution allait de soi dès lors que les juridictions avaient admis que les tribunaux n'étaient pas en mesure de juger de l'orthodoxie ou de la véracité d'une croyance. Comme il fut ainsi souligné dans l'affaire *Thomas v. Review Board*, la clause de *free exercise* s'applique à un croyant, quand bien même ses coreligionnaires n'approuveraient pas ses points de vue quant à la façon de manifester leur croyance¹⁴²⁶. Ici, la décision de la Cour Suprême était motivée par l'argument selon lequel il n'est pas nécessaire que les croyances religieuses soient acceptables, logiques, cohérentes ou compréhensibles aux yeux d'autrui pour mériter la protection du Premier Amendement :

« [R]eligious beliefs need not be acceptable, logical, consistent, or comprehensible to others in order to merit First Amendment protection ».

Dans une affaire *Bowen v. Roy*, où la Cour a également accepté – sans discussion – l'assertion du demandeur se prévalant d'une croyance qu'il considérait comme religieuse, sans préjudice du fait que ladite croyance n'était apparemment défendue par aucun groupement religieux organisé¹⁴²⁷. Pourtant, dans ces arrêts, la distanciation à l'égard des dogmes religieux et des institutions religieuses n'est pas clairement affirmée et ne se devine que par déduction.

291. Il faudra attendre 1989, et l'affaire *Frazee*, pour que cette posture soit explicitement consacrée. En l'occurrence, la Cour Suprême rejeta catégoriquement l'hypothèse qu'une croyance religieuse doit être fondée sur un dogme ou une appartenance religieuse pour bénéficier de la protection des clauses religieuses constitutionnelles¹⁴²⁸. Le requérant n'était alors membre d'aucune Église mais revendiquait le droit de ne pas travailler le jour de sabbat, pour des raisons religieuses, sans que ne lui soient refusées les prestations de chômage. Si la jurisprudence anté-

¹⁴²⁵ Le propos s'est axé sur la liberté constitutionnelle mais le procédé est le même sous l'angle du *Religious Freedom Restoration Act* (1993).

¹⁴²⁶ USSC, *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707, 711, n.3, 715-16 (1981).

¹⁴²⁷ USSC, *Bowen v. Roy*, 106 S.Ct. 2147, 2150 & n.3 (1986).

¹⁴²⁸ USSC, *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989).

rieure avait jugé que de telles prestations ne pouvaient être refusées aux personnes dont les convictions religieuses les obligeaient à refuser de travailler le jour du sabbat, il s'agissait chaque fois de personnes appartenant à une secte religieuse ou à une église¹⁴²⁹. Or, tel n'étant pas le cas du requérant, les tribunaux de l'Illinois avaient confirmé le refus de lui verser une indemnité de chômage. Ce dernier avait pourtant affirmé qu'il était chrétien et qu'à ce titre, il estimait que travailler le dimanche était une erreur. De surcroît, aucune autorité n'avait contesté sa sincérité. Pour cette raison, la Cour jugea qu'un chrétien profès, *même s'il ne pratiquait pas la religion ou n'était pas membre d'une secte*, était protégé par la clause de *free exercise*. Dans le même sens, le *Religious Freedom Restoration Act*, adopté en 1993, conféra au concept d'« exercice de la religion » une acception affranchie de tout renvoi à une appartenance religieuse, incluant « tout exercice de la religion, qu'il soit ou non contraint par, ou central pour, un système de croyances religieuses ».

292. En interprétant l'étendue du droit constitutionnel à la liberté de religion comme couvrant n'importe quelle croyance individuelle dès lors qu'elle est sincère, et ce indépendamment de sa signification, de son importance par rapport à un texte ou à une doctrine religieuse, les tribunaux américains auraient de la sorte assimilé l'exigence de sincérité individuelle à la règle d'autonomie des institutions religieuses¹⁴³⁰. Or, comme le souligne Anna SU, la démarche subjective d'examen de la sincérité de la croyance comporte le même risque que celui que le critère cherche à éviter, à savoir l'appréciation même du dogme en question d'un point de vue théologique¹⁴³¹. Comment, en effet, apprécier la sincérité de la croyance sans que soit évalué, dans le même temps, son contenu même ? En dépit de cette interrogation, la logique subjective, après avoir prospéré aux États-Unis, s'est déployée au Canada et en Europe (II).

II. LE DEPLOIEMENT D'UNE LOGIQUE SUBJECTIVE AU CANADA ET EN EUROPE

293. Une conséquence du dialogue des juges. Le déploiement de la logique subjective en matière religieuse s'explique notamment par la globalisation des échanges économiques et par le dialogue international des juges. D'aucuns considèrent que la convergence des droits constitutionnels en matière de droits fondamentaux, et par extension la globalisation du droit constitu-

¹⁴²⁹ Cf. USSC, *Sherbert v. Werner*, 374 US 398 (1963).

¹⁴³⁰ V. en ce sens, A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28, en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity>.

¹⁴³¹ *Ibid.*

tionnel, est inévitable¹⁴³². Il n'est donc pas tout à fait étonnant que cette tendance subjective ait été consacrée au Canada (A) et ait émergé dans la jurisprudence de la Cour EDH (B)¹⁴³³.

A. Une subjectivisation consacrée au Canada

« Le développement du concept de neutralité religieuse de l'État dans la jurisprudence canadienne va de pair avec une sensibilité croissante à la composition multiculturelle du Canada et avec la protection des minorités »¹⁴³⁴.

294. Dialogue des juges. Dans l'arrêt *Amsalem*, pierre angulaire de la conception canadienne de la liberté de religion depuis 2004, la Cour Suprême du Canada fait référence à la jurisprudence américaine en matière de liberté religieuse, ce qui laisse penser qu'elle a importé la conception subjective américaine dans sa méthodologie de traitement de la liberté de religion¹⁴³⁵. On assiste en effet au déplacement du prisme d'analyse de la liberté de religion (1) puis à l'entérinement d'une conception personnelle et subjective de celle-ci (2).

1. Le déplacement du prisme d'analyse de la liberté de religion

295. C'est en déplaçant le religieux dans le domaine de l'intime, en privant l'État du pouvoir d'interpréter les dogmes des autorités religieuses et en développant un critère centré sur la sincérité de la croyance qu'un changement radical de perspective fut initié en droit canadien.

296. Un changement de prisme découlant de la séparation : la soustraction du religieux à l'appréciation étatique. Au Canada, c'est en affirmant qu'il n'existe pas de religion d'État que la Cour Suprême a posé le principe de séparation des Églises et de l'État, et par conséquent impulsé le processus de laïcisation¹⁴³⁶. La séparation aurait entraîné l'apparition d'une exigence spécifique envers les tribunaux et l'État : leur neutralité. Puisqu'il s'apparente à la règle américaine de *non establishment*, ce principe a d'abord été discuté et on a pu faire valoir que le droit canadien de la liberté de religion ne garantissant que le libre exercice, aucune obligation de neutralité ne pouvait

¹⁴³² M. TUSHNET, « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Virginia Journal of International Law*, 2009, n° 50, p. 985.

¹⁴³³ V. en ce sens, A. SU, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴³⁴ CSC, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 RCS 235, § 21.

¹⁴³⁵ V. en ce sens, A. SU, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴³⁶ CSC, *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, spéc. p. 840 : « Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État ».

se déduire de cette disposition¹⁴³⁷. La Cour Suprême n'a pas laissé prospérer cet argumentaire. Dans son arrêt *Big M Drug Mart*, elle consacra implicitement l'existence d'un principe de neutralité découlant du droit au libre exercice en jugeant inconstitutionnelle la loi interdisant le travail le dimanche, en raison de son objet, lequel était religieux et non laïque¹⁴³⁸. Cette neutralité laïque, qui distingue l'État des Églises, prospéra. Son assimilation en droit canadien fut résumée par le juge LEBEL, dans un *obiter dictum* à la décision *Village de Lafontaine*, qui mérite d'être cité quasi *in extenso* :

« Cette liberté fondamentale [la liberté de religion] impose à l'État et aux pouvoirs publics une obligation envers l'ensemble des religions et des citoyens, soit une obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective, préservatrice de la dignité de chacun et de l'égalité de tous.

Cette neutralité est apparue au terme d'une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd'hui les traditions démocratiques occidentales. L'histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens entre l'État et les Églises. Le Canada, comme on le sait, a connu des périodes d'union étroite des pouvoirs ecclésiastiques et civils. Les colons européens introduisirent au Canada la théorie politique voulant que l'ordre social repose sur une alliance intime entre l'État et une Église particulière, que le premier devait encourager sur son territoire. Ainsi, au cours de l'histoire de la Nouvelle-France, l'Église catholique a joui du statut de seule religion d'État. Après la Conquête et le Traité de Paris, l'Église anglicane est devenue juridiquement l'Église d'État, bien que les réalités sociales aient amené les gouvernements à reconnaître officiellement le statut et le rôle de l'Église catholique et des diverses confessions protestantes. Cette reconnaissance tantôt officielle, tantôt tacite, qui correspondait à la composition et aux orientations de la société de l'époque, inspira souvent les solutions législatives et certains choix politiques.

[...]

Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que de son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires. Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile.

¹⁴³⁷ Cf. l'argumentaire du Procureur général du Canada devant la Cour Suprême dans l'affaire CSC, R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295.

¹⁴³⁸ CSC, R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, préc.

Dans ce contexte, il n'appartient plus à l'État de donner un appui actif à une religion particulière, ne serait-ce que pour éviter de s'ingérer dans la vie religieuse de ses membres. L'État est tenu au respect de confessions diverses dont les valeurs ne se concilient pas toujours aisément »¹⁴³⁹.

De ces développements, qui reviennent sur le déploiement de l'obligation de neutralité religieuse de l'État vis-à-vis des Églises, découle l'explicitation d'une neutralité qui soustrait l'intimité des consciences individuelles à l'intervention des pouvoirs publics. Ce volet particulier de la neutralité étatique résulte lui aussi de l'arrêt *Big M*, lequel, en établissant un principe de majorité religieuse à partir duquel l'État ne peut plus imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai, contribuait à circonscrire la religion dans un domaine hors d'atteinte de l'appréciation étatique, et donc de hors d'atteinte de l'appréciation juridictionnelle : celui de la vie privée et de l'intime¹⁴⁴⁰.

297. Un changement de prisme inhérent à la neutralité : l'apparition du critère de sincérité de la croyance religieuse. Dans l'affaire *R. v. Jones*, la Cour Suprême du Canada considéra qu'il n'était pas du ressort des tribunaux d'évaluer la conformité ou la validité des convictions religieuses invoquées devant eux. Cependant, ajoutait-elle, « rien n'empêche un tribunal d'examiner la sincérité d'une croyance religieuse qu'une personne invoque en demandant d'être exemptée de l'application d'une loi valide. En fait, il a le devoir de le faire »¹⁴⁴¹. Comme aux États-Unis, l'émergence du critère de la sincérité de la croyance religieuse est, ici encore, une question de compétence juridictionnelle. Pour Louis-Philippe LAMPRON, cette affaire *R. c. Jones* porte en elle les fondements de la réorientation du prisme d'analyse. Selon l'auteur, elle serait à l'origine du refus catégorique qu'imposa la jurisprudence ultérieure d'exiger la preuve de l'existence d'un dogme religieux quelconque sur lequel pourrait être fondée la conviction soumise à l'appréciation du tribunal¹⁴⁴². En effet, la jurisprudence subséquente a maintes fois réaffirmé que c'était la sincérité de la croyance, et non sa validité, qui devait être démontrée¹⁴⁴³. Comme le rappellera le juge IACOBUCCI dans l'arrêt *Amselem* : « bien que les tribunaux ne soient pas qualifiés pour se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou croyance religieuse, ou pour choisir parmi les diverses interprétations d'une croyance, ils sont qualifiés pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse »¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁹ CSC, *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 RCS 650, § 65s. (nous soulignons).

¹⁴⁴⁰ CSC, *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295, § 96.

¹⁴⁴¹ CSC, *R. v. Jones*, [1986] 2 RCS 284, § 20.

¹⁴⁴² V. en ce sens, L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 88-89.

¹⁴⁴³ V. notamment CSC, *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

¹⁴⁴⁴ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 51.

298. Séparation et neutralité se sont ainsi faites le terreau d'une métamorphose de l'analyse juridique de la liberté de religion en fondant la création d'un critère d'appréciation spécifique aux croyances religieuses : celui de leur sincérité. Mais si les prémisses de ce renversement de perspective se trouvaient depuis longtemps dans la jurisprudence canadienne, c'est en 2004 que la Cour Suprême consacra et clarifia explicitement la posture à adopter quant à la liberté de religion (2).

2. La consolidation d'une conception personnelle et subjective de la liberté de religion

299. **Amselem : la clarification.** Si le tournant subjectif semble avoir été amorcé dans la jurisprudence antérieure, c'est l'affaire *Amselem* qui l'entérina, et surtout, qui le clarifia. L'évacuation d'une conception purement objective de la liberté de religion ne semblait en effet pas nécessairement évidente pour certaines juridictions du fond, qui s'obstinaient à rechercher la sincérité des croyances religieuses dans leur conformité à des dogmes religieux officiels. Tel était en l'occurrence le cas du premier juge saisi de l'affaire *Amselem*. Celui-ci avait débouté les requérants au motif selon lequel la liberté de religion n'était invocable qu'en présence d'« un lien rationnel, raisonnable et direct » entre la croyance et les enseignements officiels de la religion du demandeur, ajoutant en ce sens que la sincérité de la croyance devait « reposer sur l'existence d'un précepte religieux »¹⁴⁴⁵. Se livrant à une interprétation conjuguée des décisions *R. v. Jones*¹⁴⁴⁶ et *Jack et Charlie c. La Reine*¹⁴⁴⁷, la Cour Supérieure avait souligné les incertitudes interprétatives quant au critère de sincérité. Elle avait conclu que l'expression « sincérité d'une croyance religieuse » employée dans la première décision « n'[était] peut-être pas des plus justes ». Selon elle, il s'agissait plutôt, à l'instar de ce qui avait été jugé dans la seconde décision, « de vérifier l'enseignement et le contenu obligatoire des préceptes religieux »¹⁴⁴⁸. Au terme d'une analyse poussée, les nombreux renvois que fait la Cour à des décisions antérieures, dans lesquelles l'appréciation de la croyance avait systématiquement été aiguillée par référence aux dogmes d'une religion déterminée, révèlent une réelle volonté de s'inscrire dans le droit fil de la jurisprudence antérieure en matière de liberté de religion. À cet effet, la Cour Supérieure s'appuyait par exemple sur un argumentaire du Tribunal des droits de la personne du Québec dans lequel on pouvait lire qu'il « n'appartient pas aux tribunaux d'entreprendre des inquisitions sur le bien-fondé des enseignements religieux » ; mais

¹⁴⁴⁵ Cour Supérieure du Québec, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] RJQ 1892, § 82.

¹⁴⁴⁶ CSC, *R. v. Jones*, [1986] 2 RCS 284.

¹⁴⁴⁷ CSC, *Jack and Charlie c. La Reine*, [1985] 2 RCS. 332 (les requérants sont des Indiens Salish. Ils ont été accusés d'avoir chassé le cerf hors saison en infraction à la Wildlife Act de la Colombie-Britannique. Le cerf tué était destiné à une cérémonie religieuse ancestrale au cours de laquelle on brûle de la viande de cerf crue. Le pourvoi est rejeté au motif selon lequel la mise à mort du cerf ne fait pas partie de la cérémonie religieuse : il importe que la viande soit crue, mais aucun élément quant aux circonstances ou aux méthodes à employer pour l'obtenir n'est rapporté. Par conséquent, la condamnation pour avoir enfreint l'interdiction de chasser n'a pas porté atteinte à la liberté de religion des requérants).

¹⁴⁴⁸ Cour Supérieure du Québec, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., § 77.

que « lorsqu'une personne prétend être victime d'une discrimination fondée sur le droit qu'elle revendique de se conformer aux enseignements de sa religion, il est opportun de vérifier l'existence réelle de ces enseignements »¹⁴⁴⁹. Est également cité l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, dont le paragraphe, formulé en les termes suivants, démontre qu'en la matière, les juridictions ne savaient pas vraiment comment se positionner :

« It is of course possible that the religious beliefs of an individual may coincide exactly with the beliefs or tenets of the church to which he belongs. But this is not always the case. Sometimes a person, although continuing to be a member of a particular church, may hold beliefs at variance with those of his church. His beliefs may be more conservative than those of the church's. Or, no less frequently, they may be more liberal. An inquiry by the Labour Board into the beliefs or tenets of a church can only be relevant to the extent that it throws light upon or helps to identify the religious beliefs of the particular person concerned. If, however, the ascertainment of the church's beliefs or tenets is in itself the end purpose of the inquiry, it ceases to be an inquiry such as is contemplated under [...] the Act »¹⁴⁵⁰.

Pour la Cour Supérieure du Québec, pareille enquête dans les dogmes d'une Église était pourtant inévitable dès qu'une partie revendique la protection de la liberté de religion : la façon de remplir ses devoirs religieux *ne pouvant relever* d'une conception purement subjective du pratiquant « sans relation avec l'enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et sur la façon de la manifester »¹⁴⁵¹. La référence à la sincérité de la croyance comme critère individuel et subjectif y fut même expressément rejetée au bénéfice d'éléments externes au croyant :

« Tout comme l'obligation ou le commandement religieux, le rite religieux est imposé par l'enseignement religieux et/ou l'interprétation qu'en fait l'autorité religieuse. Il s'agit d'éléments externes au pratiquant. On ne peut proprement parler de "sincérité de la croyance" à partir d'une conception individuelle et, en conséquence, subjective. Retenir pareille approche conduirait inévitablement à des situations échappant à tout contrôle. On ne parlerait plus de liberté de religion, mais de liberté de faire quoi que ce soit au nom d'une conception de la religion et du rite religieux, propre à chaque individu »¹⁴⁵².

En l'espèce, les requérants, propriétaires d'appartements dans de luxueux immeubles de Montréal, avaient installé des *souccabs* sur leurs balcons, pour se conformer à l'obligation d'habiter dans ces petites huttes temporaires closes, obligation que leur impose la Bible pendant la fête religieuse juive du Souccoth. Le syndicat de copropriété avait demandé le démantèlement de ces *souccabs*, affirmant qu'elles contrevenaient au règlement qui interdit notamment d'installer des décorations sur les balcons, d'apporter des modifications à ceux-ci et d'y faire des constructions. Il avait alors proposé qu'une *souccab* commune soit érigée dans les jardins, ce que les requérants refusèrent, expliquant qu'une *souccab* commune allait à l'encontre de leurs croyances religieuses personnelles.

¹⁴⁴⁹ *Smart c. Eaton Lée*, (T.D.P.Q.), 19 C.H.R.R. 0/446, J.E. 93-446, par. 20 (nous soulignons).

¹⁴⁵⁰ CA Manitoba, *Funk c. Manitoba Labor Board*, [1976] 66 D.L.R., 35, 37 et 38 (nous soulignons).

¹⁴⁵¹ CSQ, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892, § 81.

¹⁴⁵² *Ibid.*, § 101 (nous soulignons).

La liberté de religion fut jugée inapplicable aux requérants. La Cour retint que puisqu'aucune obligation religieuse ne leur imposait d'ériger leur propre *souccab*, le règlement de copropriété ne saurait les avoir empêchés d'accomplir un quelconque devoir religieux. La solution est similaire à celle à laquelle avait naguère conclu la Cour Suprême dans l'affaire *Jack and Charlie*. Par conséquent, aucune atteinte n'avait été portée à leur liberté de religion.

300. Si le constat de non violation fut confirmé en appel, la Cour d'appel du Québec¹⁴⁵³ revint toutefois sur l'interprétation, jugée trop restrictive, qu'avait fait le juge de première instance de la liberté de religion. La décision repose sur un soubassement théorique inhérent à la conception canadienne de la liberté : une personne « astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter » n'est pas vraiment libre puisque cette personne n'agirait alors pas de son propre gré¹⁴⁵⁴. Depuis l'affaire *Big M*, l'insistance sur le choix personnel est assumée comme étant au cœur de la tradition politique démocratique canadienne¹⁴⁵⁵, et le respect de la conscience individuel est consubstantiel à la valorisation de la dignité humaine. C'est même précisément sur les principes selon lesquels « tous les individus doivent être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et [culturelle] », et « tous les groupes doivent respecter les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie », que repose le multiculturalisme libéral canadien¹⁴⁵⁶. Partant de là, il importe que la liberté de religion soit en mesure de protéger des individus ayant choisi de se démarquer des dogmes ou préceptes d'une religion déterminée. Si nul ne saurait être astreint, par la volonté d'une Église ou d'une autorité religieuse, à une conduite qu'il ou elle n'aurait pas choisi d'adopter, aucune raison ne justifie que les juridictions étatiques s'en remettent à l'expertise de cette Église ou autorité religieuse pour conditionner la liberté de religion de quiconque. Ainsi, la Cour d'appel concluait-elle que l'examen de la sincérité porte sur les croyances dictées à un individu *par sa propre conscience*, sans qu'il n'importe que celles-ci soient erronées par rapport à l'enseignement officiel donné par les dirigeants de la communauté religieuse à laquelle il se rattache. C'est précisément cette conception de la liberté structurée autour de la volonté et de l'autonomie individuelle qui est à la base de la subjectivation de la liberté de religion.

301. Saisie de l'affaire, la Cour Suprême entérina le lien étroit entre autonomie individuelle et liberté de religion et consacra la posture qui devrait dorénavant guider les juridictions en la ma-

¹⁴⁵³ CA Québec, *Amslem et. al. c. Syndicat Northcrest et. al.*, [2002] RJQ 906.

¹⁴⁵⁴ CSC, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, § 336-337 (nous soulignons).

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, § 121.

¹⁴⁵⁶ W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique*, 2015, n° 1, vol. 9, § 9.

tière : l'approche canadienne de la liberté de religion se fonde sur une conception personnelle et subjective de celle-ci. C'est parce qu'elle « repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu »¹⁴⁵⁷, qu'une conception personnelle et subjective de la liberté de religion « intrinsèquement liée à la manière dont une personne se définit et s'épanouit »¹⁴⁵⁸, est compatible avec l'objet même de la liberté. L'accent peut dès lors être mis sur les choix personnels exercés à l'égard des croyances religieuses, davantage que sur les conduites religieuses qui sont objectivement reconnues par les experts religieux comme des préceptes obligatoires d'une religion. Pour confirmer et appuyer ce changement de prisme, la Cour Suprême fait même explicitement référence à la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. À ce titre, le juge IACOBUCCI souligne que c'est à une définition « subjective, personnelle, empreinte de déférence et axée sur la sincérité de la croyance »¹⁴⁵⁹ qu'il a été pareillement souscrit.

Cette posture confirme la distanciation de la conception jurisprudentielle de la liberté de religion vis-à-vis des dogmes et préceptes des religions instituées, distance qui figure explicitement dans la définition que donne alors la Cour Suprême du Canada de la liberté de religion, c'est-à-dire comme :

« la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, [...] indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux »¹⁴⁶⁰.

Comme l'indiquera plus tard Christelle LANDHEER-CIESLAK, dans le multiculturalisme libéral canadien, c'est le justiciable, et lui-seul, qui détermine dans quelle mesure les obligations de son groupe s'imposent à lui. Autrement dit, « c'est par le prisme de l'individu que le juge accède aux valeurs, représentations et normes du groupe »¹⁴⁶¹.

302. *Multani et sequentes* : la confirmation. Le tournant subjectif de la conception de la liberté de religion fut confirmé deux ans après l'arrêt *Amsalem*, dans l'affaire *Multani*. Cette affaire, qui fit couler beaucoup d'encre, concernait la demande d'accommodement raisonnable d'un enfant Sikh souhaitant porter un kirpan fait de métal à l'école. La question de la composition matérielle du kirpan importait : si la commission scolaire avait accordé à l'enfant le droit de porter un kirpan symbolique, sous forme de pendentif ou sous une autre forme, fabriqué dans un matériau qui le rendrait inoffensif (comme du bois ou du plastique), cette solution ne satisfaisait pas le

¹⁴⁵⁷ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551, v. § 38s., spéc. § 40.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, spéc. § 42.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, spéc. § 45.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, spéc. § 46 (nous soulignons).

¹⁴⁶¹ C. LANDHEER-CIESLAK, « Le juge et la femme voilée : quelle neutralité pour la salle d'audience au Canada et au Québec ? », *JCP A*, 2018, n° 27, 2206.

représentant légal de l'enfant – son père. Celui-ci avait alors saisi les juridictions québécoises pour solliciter un accommodement raisonnable autorisant son fils à porter un kirpan métallique, à la condition qu'il soit scellé et cousu à l'intérieur des vêtements. Certains parents acceptent que leurs enfants ne portent pas le kirpan, ou en adoptent un équivalent symbolique. Pourtant, la Cour Suprême insista sur la croyance personnelle des Multani qui refusaient cette alternative en soulignant que le refus du requérant n'était pas « un caprice ». Au contraire, pour la Cour, celui-ci croyait « véritablement qu'un kirpan de plastique ou de bois ne lui permettrait pas de se conformer aux exigences de sa religion » ; par conséquent, le fait que d'autres personnes de religion sikhe acceptent un tel compromis devait être jugé inopérant¹⁴⁶². Par extension, cette posture signifie que le fait que plusieurs personnes pratiquent la même religion de façon différente n'est pas de nature à invalider la demande de celui qui allègue une violation à sa liberté de religion. Confirmant la posture subjective adoptée dans l'arrêt *Amselem*, l'arrêt *Multani* énonce ainsi que :

« Ce qui importe, c'est que cette personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique »¹⁴⁶³.

Le prisme subjectif d'appréciation de la liberté de religion fut réitéré à la suite de ces décisions. Il fut même clarifié dans une affaire *Commission scolaire des Chênes*. Dans cet arrêt, la Cour Suprême précisa que l'examen de la sincérité de la croyance constituait la première étape, subjective, d'analyse d'une atteinte à la liberté de religion, et qu'elle devait se doubler d'une étape, cette fois-ci objective, d'appréciation des règles, faits ou actes accusés d'en entraver l'exercice¹⁴⁶⁴.

303. Par ailleurs, il convient d'interpréter ce tournant subjectif avec toute la mesure qu'exige l'analyse juridique. S'il ne fait pas de doute que les juridictions canadiennes ont consacré une approche subjective et donc individuelle de la liberté de religion, il ne faut cependant pas en déduire que l'aspect communautaire a complètement été évincé. Comme le souligne le juge ROWE dans une récente affaire *Law Society of British Columbia* :

« Cette importance accordée au libre choix individuel des croyants n'atténue en rien l'aspect collectif de la religion. Dans beaucoup de religions, la communauté est essentielle à la manifestation de la foi. Que ce soit au travers de pratiques de nature collective — culte, éducation religieuse ou bonnes œuvres —, la communauté est souvent le visage public de la religion. Autrement dit, c'est de cette façon que la religion interagit avec le monde »¹⁴⁶⁵.

L'aspect « profondément communautaire » de la religion et de la liberté qui la garantit ne devrait point être omis. Cela suppose la prise en compte du fait que les convictions religieuses avancées

¹⁴⁶² CSC, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256, § 39.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, § 35. V. aussi CA Québec, *Québec (Procureur général) c. Loyola High School*, [2012] RJQ 2112, spéc. § 163s. ; CSC, *R. c. N. S.*, [2012] 3 RCS 726, § 11-14.

¹⁴⁶⁴ CSC, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 RCS 235, § 22-24.

¹⁴⁶⁵ CSC, *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] CSC 32 (CanLII), § 219.

sont bien ancrées dans la société, et qu'il « existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives »¹⁴⁶⁶.

De surcroît, précisons que ce tournant subjectif ne concerne que les convictions religieuses des personnes physiques et ne porte pas sur les personnes morales telles que les institutions ou organisations religieuses. Ainsi que l'a expliqué la Cour Suprême dans une affaire *Loyola*, il incombe à une personne morale se prévalant d'une atteinte à sa liberté de religion de démontrer, non pas la sincérité de ses croyances, mais, dans un premier temps, que sa mission est avant tout religieuse et que ses activités sont conformes à cette mission, puis, dans un second temps, que la croyance ou la pratique qu'elle revendique « s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités »¹⁴⁶⁷. Si le critère de la sincérité ne saurait s'appliquer aux personnes morales, il n'en est pas pour autant écarté par la Cour Suprême qui s'attache à en rappeler l'applicabilité aux personnes physiques.

304. On constate une tournure similaire dans le droit européen des droits de l'homme où, à la lumière de la jurisprudence canadienne, la Cour de Strasbourg a progressivement inséré des critères subjectifs d'appréciation dans le domaine de la liberté de religion (**B**).

B. Une subjectivisation initiée dans le droit européen des droits de l'Homme

305. Le tournant subjectif européen. La démarche s'apparente en substance à celle des juges canadiens. Le droit européen des droits de l'Homme semble s'ouvrir à cette subjectivisation en admettant que la protection offerte par la liberté de religion ne se limite ni aux croyances issues des grandes religions, ni à une compréhension restrictive de la religion mais, au contraire, qu'elle peut bénéficier à des convictions *que les requérants considèrent comme étant de nature religieuse*. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet considéré que si un contrôle est nécessaire pour déterminer les actes protégés par l'article 9, ce contrôle doit s'opérer indépendamment de toute référence à une doctrine religieuse. Celle-ci peut constituer un élément d'éclairage, comme dans l'arrêt *Hamidovic* où la Cour a repris la position officielle de la communauté islamique de Bosnie-Herzégovine pour appuyer le constat d'une ingérence dans le droit du requérant de manifester sa religion. En l'espèce, le port de la calotte ne constituait pas une forte obligation religieuse (« a strong religious duty ») mais reposait sur des racines traditionnelles si fortes, qu'il est considéré

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, § 64 ; CSC, *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 613, § 60.

¹⁴⁶⁷ CSC, *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 613, § 135-140.

comme une obligation religieuse par de nombreuses personnes¹⁴⁶⁸. Du reste, c'est la conception individualiste de la religion, conception liée à la perception subjective de l'intéressé, qui semble se frayer un chemin au cœur de l'analyse de la liberté de religion.

306. L'évolution allait de soi, à partir du moment où il était admis que « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées »¹⁴⁶⁹. Ce devoir, que la Cour EDH exige des États et auquel elle s'astreint, lui interdit en effet de s'engager dans une discussion relative à « la nature et l'importance de croyances individuelles, car ce qu'une personne considère comme sacré peut s'avérer absurde ou répugnant aux yeux des autres »¹⁴⁷⁰. Partant de là, « aucun argument juridique ou logique ne peut être invoqué pour contrer l'assertion d'un croyant selon laquelle une pratique concrète constitue un élément important de ses devoirs religieux »¹⁴⁷¹. Peu importe que les convictions invoquées soient inédites ou qu'elles varient de la position officielle d'une Église¹⁴⁷². Le simple fait que le requérant croie sincèrement au caractère religieux de sa conviction suffit, il n'a pas à rapporter l'existence objective d'une religion. En 2013, la Cour européenne des droits de l'Homme avait d'ailleurs précisé que la liberté de religion, qui « relève avant tout de la pensée et de la conscience de chacun »¹⁴⁷³, n'exigeait pas du requérant qu'il démontre avoir « agit conformément à un commandement de la religion en question »¹⁴⁷⁴.

307. L'approche européenne semble s'enrichir d'une approche subjective de la religiosité, qui repose sur la conception personnelle que se fait l'individu de sa religiosité. La tendance subjective ne pourrait-elle dès lors pas rejoindre la France ? Certains indices invitent à le penser. La doctrine s'y intéresse dans le cadre de la réforme engagée par la Cour de cassation quant à la motivation de ses arrêts¹⁴⁷⁵. Cette dernière constituerait un cadre méthodologique propice à l'importation d'une perspective que l'on pourrait être tentés de réfuter au motif qu'elle est inhérente à des systèmes de Common Law (USA, Canada, CEDH). Elle sera étudiée plus tard. Au demeurant, c'est dans le droit administratif que l'on peut trouver un échantillon du bourgeonnement de la conception subjective de la liberté de religion en droit français (C).

¹⁴⁶⁸ Cour EDH, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, 5 déc. 2017, req. n° 57792/15, § 30.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, § 81 ; Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 sept. 1996, req. n° 18748/91, § 47 ; Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96, § 78 ; Cour EDH [G.C.], *Rejeb Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 91.

¹⁴⁷⁰ Cour EDH [déc.], *Skugar et al. c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² Cour EDH [déc.], *Skugar et al. c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04.

¹⁴⁷³ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, § 80.

¹⁴⁷⁴ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, préc., § 82 et les réf. citées.

¹⁴⁷⁵ V. C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263.

C. Une subjectivisation décelable en droit administratif français

308. **Le droit administratif français et la question du signe religieux ostensible/tatoire.**

En France, c'est par le biais du droit administratif que se dessinent les premiers traits d'une subjectivisation de la liberté de religion, tout particulièrement quant à la question du port des signes religieux dans le service public, au travers de la distinction de l'ostensible et de l'ostentatoire¹⁴⁷⁶. Depuis les années quatre-vingt dix, le Conseil d'État se référait à l'ostentatoire afin d'évaluer la visibilité de certains vêtements, signes et tenues, ou d'en apprécier la compatibilité avec le principe de laïcité et de neutralité du service public. À l'automne 1989, il précisait ainsi que le port de signes religieux par des élèves de l'école publique n'était pas en soi incompatible avec le principe de laïcité, à la condition toutefois que « par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif » ces signes ne constituent pas « un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande », qu'ils ne portent pas atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, ni ne compromettent leur santé ou leur sécurité, ou perturbent le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, ni ne troublent l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public¹⁴⁷⁷. En ce qui concerne les agents du service public, le critère de l'ostentatoire fut mis au service de l'appréciation du respect de leur obligation de stricte neutralité dans l'exercice de leurs fonctions¹⁴⁷⁸. Aussi, les sanctions disciplinaires en cas de manquement devaient-elles être appréciées « compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire » du signe porté¹⁴⁷⁹. Certains au-

¹⁴⁷⁶ V. tout particulièrement M. PHILIP-GAY, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA*, 2018, p. 613.

¹⁴⁷⁷ CE avis, 27 nov. 1989, n° 346893, *AJDA* 1990. 39, note J.-P. C. ; *RFDA* 1990. 1, note J. RIVERO. Le critère a cependant donné lieu à de nombreuses difficultés d'application au sein des établissements scolaires. On enjoint à l'élaboration d'une loi interdisant tout port de signe visible, « pour que le chef d'établissement ne soit pas confronté seul à la question de déterminer s'il se trouve face à un signe ostentatoire, ou non » (Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, p. 58, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>).

¹⁴⁷⁸ CE, 28 avr. 1938, *Demoiselle Weiss*, *DP* 1939, 3, p. 41 ; CE, 8 déc. 1948, *D^{lle} Pasteau, Lebon* p. 464 et CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet, Lebon* p. 247 ; Cass. Soc., *C.P.A.M. de Seine Saint Denis*, 19 mars 2013, n° 12-11.690, *AJDA* 2013. 597 ; *ibid.* 1069, note J.-D. DREYFUS ; *D.* 2013. 777 ; *ibid.* 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *AJCT* 2013. 306 ; *Dr. soc.* 2013. 388, étude E. DOCKÈS. L'obligation de neutralité et le respect du principe de laïcité ont été intégrés à l'article 25 de la loi *Le Pors* n° 83-634 du 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires par la Loi n° 2016-483 du 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁴⁷⁹ CE, 3 mai 2000, n° 217017, *M^{lle} Marteaux*, *Lebon* p. 169, concl. R. SCHWARTZ ; *AJDA* 2000. 673 ; *ibid.* 602, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.* 2000. 747, note G. KOUBI ; *AJFP* 2000. 39 ; *RFDA* 2001. 146, concl. R. SCHWARTZ.

teurs ont alors plaidé pour que lui soit préféré le terme d'« ostensible »¹⁴⁸⁰. La discussion autour de leur distinction a d'ailleurs constitué un volet des débats parlementaires précédant le vote de la loi de 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 publics¹⁴⁸¹. La différenciation de ces deux termes, parfois tenus pour synonymes, peut être employée afin de mettre en exergue un changement de perspective à l'égard des convictions religieuses.

309. Ostensible ou ostentatoire ? Les tenants et aboutissants d'une telle distinction ont été notamment expliqués par Mathilde PHILIP-GAY qui, suivant une définition par l'antonyme, explique que l'ostentatoire, définit comme « la mise en valeur excessive et indiscrete d'un avantage », est perçu en matière religieuse comme « une manifestation outrancière et importune d'une croyance, d'un rite ou d'un degré de pratique religieuse »¹⁴⁸². L'ostensible quant à lui s'oppose à l'adverbe « subrepticement » et fait référence à « ce que l'on ne cherche pas à cacher »¹⁴⁸³. À l'aune de ces définitions, le critère de l'ostentatoire semble véhiculer un message péjoratif, celui de la revendication religieuse outrancière, tandis que l'ostensible traduirait la manifestation objective (le fait de porter publiquement un vêtement ou un signe) de la perception subjective de l'intéressé (qui considère ce vêtement ou ce signe comme un élément de sa religiosité)¹⁴⁸⁴. Selon le prisme adopté, une tenue ostensible « vue de l'intérieur » peut tout aussi bien être ostentatoire « vu de l'extérieur ». La particularité du critère de l'ostentatoire est qu'il fait de l'observateur le juge du caractère religieux de la tenue ou du signe en cause. Le prisme d'analyse est *extra personam*. Cette particularité est un véritable problème en termes de libertés : l'intéressé se trouve enfermé dans la perception qu'ont les autres de l'exercice de sa propre liberté, que cette liberté d'ailleurs soit religieuse ou non¹⁴⁸⁵ ! Au quotidien, une tenue ne manifestant pas ostensiblement une appartenance

¹⁴⁸⁰ On notera que pour M. PHILIP-GAY, le critère de l'ostensible, s'il invite moins de critiques que son substitut jurisprudentiel, peut cependant donner lieu aux mêmes effets pervers ; v. M. PHILIP-GAY, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA*, 2018, p. 613.

¹⁴⁸¹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 ; les débats parlementaires sont accessibles sur le site de l'Assemblée Nationale (v. les compte-rendus intégraux des examens en séance des 3, 4 et 5 février 2004) : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/laicite.asp>.

¹⁴⁸² M. PHILIP-GAY, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA*, 2018, p. 613.

¹⁴⁸³ TLFi, v. « ostensible ».

¹⁴⁸⁴ Pour M. PHILIP-GAY, la référence à l'intention de celui qui arbore un signe constitue un glissement sémantique regrettable du terme « ostensible » puisqu'en soi, celui-ci n'impliquerait pas une intention d'être remarqué par les autres ou un caractère revendicatif (M. PHILIP-GAY, *op. cit.*). Or, l'intention d'être remarqué nous semble devoir être distinguée de l'intention de manifester une conviction ou une appartenance religieuse. Celle-ci n'implique pas nécessairement un caractère revendicatif mais traduit au contraire l'expression d'une liberté : l'intention de revêtir un signe religieux découle de la liberté de choix de l'intéressé, elle se matérialise par l'adoption d'un comportement ou le port d'un signe idoine. En ce sens, la dimension revendicative du caractère ostensible, l'intention d'être remarqué, ne naît que lorsque celui-ci est mis au service d'un comportement prosélytique.

¹⁴⁸⁵ L'apparence peut relever tout aussi bien de la vie privée que de la liberté de religion : « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée » ; lorsqu'il est question d'une tenue que la pratique d'une religion dicte de revêtir,

religieuse pourra pourtant être perçue comme une manifestation ostentatoire d'une telle appartenance. On assiste alors à la catégorisation de signes « ostentatoires par nature »¹⁴⁸⁶. Tel pourrait par exemple être le cas du foulard. Porté par la femme musulmane pour se conformer à sa foi spirituelle, il est ostensible. Lorsqu'il dérange autrui, le *foulard* devient ostentatoire. On se trouve alors confronté à des cas de foulards portés et perçus comme ostentatoires, quand bien même ils ne se feraient l'expression d'aucune appartenance religieuse. Tel fut par exemple le cas de l'avocate sommée de retirer celui qu'elle portait sur la tête au motif que ce signe traduisait une appartenance religieuse, alors que le foulard en question était porté pour dissimuler les effets secondaires de la chimiothérapie que l'intéressée avait subie¹⁴⁸⁷. Tel est aussi le cas de la barbe. Les juges de la Cour administrative d'appel de Versailles ont ainsi dû se prononcer sur le cas d'un médecin-stagiaire d'un hôpital public à qui l'on avait demandé de se raser, au motif selon lequel ladite barbe était constitutive d'un signe ostentatoire d'appartenance religieuse incompatible avec le principe de stricte neutralité du service public. En l'occurrence, c'est bien le caractère ostentatoire de la barbe qui avait conduit la direction du centre hospitalier à enjoindre l'intéressé à se raser. Comme indiqué dans l'arrêt, celle-ci, qui était « très imposante, était perçue par les membres du personnel comme un signe d'appartenance religieuse »¹⁴⁸⁸. Parce qu'il fait de la personne tierce un évaluateur pas toujours neutre, ouvert ou tolérant du signe porté le critère de l'ostentatoire est en conséquence susceptible d'en soumettre l'appréciation à des standards sociaux, à des préjugés culturels, voire à des tendances sociales *contra libertates*.

Aussi, la dissociation de ces deux termes mène-t-elle à un embranchement : si le droit se saisit du critère de l'ostentatoire, il se détache de l'intention individuelle pour raccrocher la personne à des standards communautaires (foulard = musulmane par exemple) ; s'il lui préfère le critère de l'ostensible, le prisme d'analyse est alors déporté dans la conscience de l'intéressé qui

« elle soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions » (Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 108).

¹⁴⁸⁶ M. PHILIP-GAY, *op. cit.*

¹⁴⁸⁷ Cet exemple est tiré du témoignage d'une Procureure de la République recueilli à l'occasion du colloque *La déontologie des acteurs de la justice à l'épreuve de la laïcité*, Lyon, 25 mai 2018 (dir. E. UNTERMAIER-KERLÉO).

¹⁴⁸⁸ CAA Versailles, 19 déc. 2017, n° 15VE03582 (nous soulignons) ; *JCP A* 2018.2115, comm. C. VALLAR. En l'occurrence, l'intéressé n'avait pas nié que son apparence physique était de nature à manifester ostensiblement un engagement religieux ; on soulignera qu'il n'avait pas non plus fait preuve d'un comportement prosélyte, et que sa barbe n'avait guère soulevé d'observations de la part des usagers du service. Seuls les membres du personnel avaient, semble-t-il, été dérangés par cette barbe imposante... La CAA valida la sanction prononcée à l'égard du médecin-stagiaire (rupture de la convention de stage) après avoir tout de même indiqué que « le port d'une barbe, même longue, ne saurait à lui seul constituer un signe d'appartenance religieuse en dehors d'éléments justifiant qu'il représente effectivement, dans les circonstances propres à l'espèce, la manifestation d'une revendication ou d'une appartenance religieuse » (nous soulignons). Si la barbe litigieuse avait été le fruit d'un effet de mode, le choix du médecin de la porter aurait relevé sans qu'aucun ne scille, de sa vie privée. Or, en l'espèce, tout porte à croire que l'intéressé « avait l'air » religieux et c'est cet « air » religieux qui dérangea les collègues et qui conduisit le directeur à solliciter le principe de laïcité.

lui-seul devient juridiquement apte à conférer une portée religieuse ou non à son apparence et à son comportement.

310. Si la jurisprudence du Conseil d'État s'est d'abord concentrée autour du premier de ces critères, celui-ci n'a fait l'objet d'aucune consécration législative. Au contraire, en 2004, le législateur inséra dans le Code de l'éducation un article L. 141-5-1 interdisant « Dans les écoles, collèges et lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ». Selon Mathilde PHILIP-GAY, le choix du terme « ostensiblement » avait alors été préféré à « l'ostentatoire » notamment parce qu'il permet de répondre à l'apparition de nouveaux signes religieux voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi (le port d'un bandana en lieu et place d'un foulard)¹⁴⁸⁹, mais aussi parce qu'il ne fait pas dépendre le caractère religieux du signe de l'appréciation d'autorités religieuses ou de spécialistes du fait religieux (ce qui permit au Conseil d'État de voir dans le *kesbi sikh* un signe religieux ostensible alors qu'il n'est pas, en lui-même, considéré comme un signe religieux pas les membres de cette communauté¹⁴⁹⁰). De même, s'il est présenté comme une référence destinée à évaluer la visibilité des religieux des personnes physiques, les juridictions du fond semblent en réalité contourner ce critère qu'elles peinent à manier, lui préférant celui du caractère religieux et de la visibilité du signe, ainsi que le comportement objectif de l'agent¹⁴⁹¹.

311. Finalement, cette question ne révèle-t-elle pas un tournant épistémologique, celui de la conscience d'un prisme multiple ? Les difficultés d'application du critère de l'ostentatoire ayant mis en exergue les limites d'une perspective centrée sur la perception extérieure de la religiosité, le critère de l'ostensible suggère à son tour la potentialité d'une appréhension autoréférentielle de la manifestation d'appartenance religieuse. Que le lecteur soit toutefois mis en garde : il ne s'agit pas d'affirmer que le critère de l'ostensible a supplanté l'ostentatoire, mais simplement que cette perspective autoréférentielle s'est matérialisée légalement. Cette matérialisation génère un intérêt tant doctrinal que des implications méthodologiques, sans toutefois faire de l'ostensible un critère déterminant : les juges se bornent à utiliser des éléments objectifs tels que le comportement de l'intéressé ou le degré de visibilité du signe porté. La référence à la perception individuelle du caractère religieux peut, du reste, être mobilisée dans les cas où la nature religieuse du signe est

¹⁴⁸⁹ Cf. Cour EDH [déc.], *Aktas c. France*, 30 juin 2009, req. n° 43563/08 : la Cour EDH souligne que les juridictions françaises avaient retenu « l'intention affirmée » de l'élève de ne pas se départir d'une « coiffe propre à couvrir ses cheveux », ce qui traduisait sa volonté de manifester son appartenance religieuse en portant une tenue conforme « à ce qui constitue pour elle une prescription ou pratique religieuse ».

¹⁴⁹⁰ CE, 5 déc. 2007, n° 85394, *Sara A*, Lebon p. 463.

¹⁴⁹¹ M. PHILIP-GAY, *op. cit.*

mise en discussion : elle peut alors contribuer à déterminer si la situation entre dans le champ d'application de la liberté individuelle de religion. Elle est d'autant plus intéressante qu'elle révèle une considération pour la perception subjective de la religiosité dans un domaine où, en principe :

« Le juge administratif n'est pas [...] comme peut l'être le juge judiciaire, conduit à s'intéresser aux sensibilités religieuses, à se préoccuper des croyances et des affects qui en dériveraient. Il n'est pas tenté de s'appesantir sur les sentiments individuels, il ne mesure pas l'intensité de la croyance ou de la force de la foi des requérants, demandeurs ou défendeurs, parties au procès »¹⁴⁹².

312. La liberté de religion subjectivée transcende donc les communautés pour orienter l'analyse juridique sur l'individu, son autonomie, et son propre rapport au religieux. Ce changement de perspective, qui contribue à placer l'individu au centre de l'attention juridique, s'est déployé en parallèle d'une autre évolution qui acquiert une place croissante dans la pensée juridique française : celle d'une ouverture au pluralisme (**Section 2**).

*

*

*

¹⁴⁹² G. KOUBI, « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA*, 2003, p. 1055.

SECTION 2 – L’OUVERTURE AU PLURALISME

« Se lancer dans une réflexion théorique sur le pluralisme, c’est un peu comme gravir le Mont Blanc : trouver une voie de parcours originale sur un sommet mythique aussi fréquemment parcouru relève de la gageure »¹⁴⁹³.

313. Sentiers battus. Consciente de la difficulté de l’étape, nous n’envisageons pas d’élaborer un nouvel itinéraire à l’entreprise théorique de compréhension et d’analyse du pluralisme. Toutefois, une étude portant sur les convictions religieuses ne semblait pouvoir se passer de développements afférents à cette question, car elle se situe au cœur du débat portant sur la gestion du pluralisme. L’admission juridique de l’existence des convictions religieuses individuelles enjoint à une réflexion plus globale sur l’ordre juridique, et implique de s’interroger sur la construction d’un espace ordonné qui laisse toute sa place au pluralisme. Ces questions ont animé cette réflexion dès les premiers jours de la recherche. Elles demeurent aujourd’hui encore un nœud théorique indémêlable, constitué d’influences et de traditions juridiques différentes, de projections philosophiques, d’enjeux politiques. Or, lorsqu’il est question des convictions religieuses, une interrogation préalable devait être posée : celle de la détermination du sommet à atteindre. Le Mont Blanc se présente en la matière comme l’équilibre entre la protection effective de la liberté de religion, la protection contre les discriminations, la préservation des valeurs de la République et le respect du principe de laïcité¹⁴⁹⁴. Pour y parvenir, les cartes proposent plusieurs itinéraires : le sentier emprunté par la tradition juridique française est celui du monisme juridique, ou plus globalement celui d’une idéologie juridique républicaine qui s’oppose à un autre itinéraire : celui du pluralisme juridique, principalement emprunté par des pays de *Common Law*, tels que le Canada.

314. Les développements subséquents ne chercheront toutefois ni à imposer un modèle de pluralisme juridique institutionnel ni à revendiquer un monisme juridique rigoureux ; ils ne proposeront pas davantage un nouvel itinéraire à l’ascension du Mont Blanc, mais tendront à éclairer les tenants et aboutissants d’un parcours qui semblait le plus équilibré et adapté à l’appréhension des convictions religieuses dans la jurisprudence judiciaire. Cet itinéraire ne cherche pas à déterminer ce qui relève du droit et ce qui relève du non-droit, ni à s’interroger sur ce qu’est le droit ; il

¹⁴⁹³ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l’homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 13.

¹⁴⁹⁴ Qui n’est, martèle V. FORTIER, « certainement pas une valeur » (cf. V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145).

a pour point de départ le raisonnement judiciaire, c'est-à-dire qu'il est *ab initio* placé sous les auspices de l'ordre juridique étatique. En conséquence, il s'agira d'étudier cette question du pluralisme (I) dont les modalités (II) sont guidées par une prise de conscience nécessaire « par l'observateur de la relativité de son propre cadre conceptuel »¹⁴⁹⁵.

I. LA QUESTION DU PLURALISME

315. Le pluralisme s'apparente pour le juriste français à l'un de ces « mots-poisons » ; ces mots « dont la charge sémantique et idéologique est telle qu'ils en deviennent presque sulfureux, même s'ils peuvent recevoir des acceptions différentes selon les contextes »¹⁴⁹⁶. En ce sens, sa théorisation et son entrée dans le monde juridique donnent lieu à une recomposition de la théorie du droit dans laquelle il fait aussi bien office de défi paradigmatique (A) que de nécessité juridique (B).

A. Un défi paradigmatique

« Le pluralisme est une idée gaie »¹⁴⁹⁷.

316. État des lieux : le pluralisme à l'ère postmoderne¹⁴⁹⁸. Le sentiment de certains juristes du XXI^e siècle est celui d'une théorie du droit en mutation, d'un droit désordonné, chamboulé par la globalisation des échanges, l'individualisation de la société, l'effervescence des droits fondamentaux, la dynamique du dialogue des juges ; d'un droit qui ne parvient pas à répondre à sa fonction première : l'ordre. Quoique la tâche paraisse si complexe qu'elle semble inaccessible, « [o]rdonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste »¹⁴⁹⁹ constitue l'un des plus grands défis de nos sociétés contemporaines. Le paradigme postmoderne, que l'on peut définir comme le « discours de la différence contre la logique binaire et universalisante de la modernité »¹⁵⁰⁰, s'est ainsi déployé en doctrine, notamment depuis les années 1970, décennie à compter de laquelle l'exploration de ce modèle de représentations est devenue systématique.

¹⁴⁹⁵ J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013, p. 127.

¹⁴⁹⁶ J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, « Introduction », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 2 (voir p. 25). L'auteur emploie l'expression pour parler de... laïcité ; mot « dont l'usage », écrit-il, « tient souvent plus de l'incantation que de la compréhension ».

¹⁴⁹⁷ D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. pb. dr.*, 2005, n° 49, p. 69 (voir p. 70).

¹⁴⁹⁸ La postmodernité est parfois considérée comme le fondement idéologique du pluralisme juridique ; cf. H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135, spéc. p. 137.

¹⁴⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 8 ; v. également F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988 (v. p. 135).

¹⁵⁰⁰ H. ABDELHAMID, *op. cit.*, spéc. p. 139 et p. 140.

317. Pluralisme(s) juridique(s)¹⁵⁰¹. Partant du constat selon lequel il existe un *pluralisme de fait* lié à la coexistence de différences culturelles, religieuses, ou ethniques (par exemple), il semblait nécessaire d'adopter une nouvelle approche qui permettrait d'en assurer la coexistence pacifique. La théorisation du pluralisme juridique remonte au XX^e siècle lorsque des anthropologues s'aperçurent que les droits étatiques n'avaient parfois qu'un effet normatif extrêmement limité sur certains types de populations de même que certaines populations obéissaient à d'autres formes de normativité non-étatiques¹⁵⁰². L'État n'étant pas la seule entité capable de répondre à la définition de l'ordre juridique, le pluralisme juridique fut alors envisagé comme une hypothèse anthropologique de coexistence de forces normatives dans des sociétés multiples. En raison de ce fondement anthropologique, les normativités non-étatiques s'analysaient selon une grille de lecture communautaire. S'est ainsi dessinée une théorie du pluralisme qui relativise l'hégémonie du droit étatique vis-à-vis d'autres formes de normativités sociales¹⁵⁰³. L'un des auteurs les plus prolifiques de ce courant de pensée, le juriste palermitain SANTI ROMANO, s'efforça ainsi de dissocier les concepts de droit et d'État¹⁵⁰⁴. Dans cette hypothèse, où l'État demeure « un référent, non seulement central, mais surtout incontournable »¹⁵⁰⁵, le pluralisme juridique est envisagé comme un attribut du champ social et se conçoit comme une critique du centralisme étatique au regard de l'hétérogénéité normative.

318. Les partisans de cette théorie s'en sont, pour certains, prévalus pour soulever l'obsolescence de l'idéologie juridique concurrente, que l'on dit républicaine, construite autour du triptyque *centralisme-monisme-positivisme*. Voici ce qu'en dit, par exemple, le juriste canadien Ronald MACDONALD :

« Le succès jusqu'à tout récemment de l'idéologie juridique républicaine a d'abord et avant tout été le résultat de trois facteurs socio-politiques de l'époque révolutionnaire : l'homogénéité et le faible pourcentage de la population admise à titre de citoyen; le caractère plutôt statique de la population et de l'économie; et le rôle relativement restreint qu'a joué l'État politique dans la vie normative de la population. Aucun des ces trois "faits sociaux" n'existe aujourd'hui : la population des États occidentaux est de plus en plus hétérogène au point de

¹⁵⁰¹ Pour un retour sur les différents sens donnés au pluralisme juridique, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 185s. ; v. aussi J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013, spéc. p. 233 et s. (texte intitulé « À la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique »).

¹⁵⁰² S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, [th. : Université McGill (Montréal, Canada) : 2002], spéc. p. 39. V. pour des exemples C. LÉVI-STRAUSS, *Tristes tropiques*, Plon, 1955.

¹⁵⁰³ J. GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism », *Journal of legal pluralism*, 1986, p. 24.

¹⁵⁰⁴ Sur la genèse de la pensée de SANTI ROMANO, v. notamment D. SOLDINI, « Santi Romano : penseur pluraliste et étatiste », *Juspoliticum*, juin 2015, n° 14.

¹⁵⁰⁵ H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135, spéc. p. 156.

vue socio-démographique ; la société est constamment en mutation et, même dans un milieu rural jadis isolé, les institutions traditionnelles s'effondrent ; et le secteur public joue un rôle accru dans la vie quotidienne depuis l'avènement de l'État-providence. Pour ces raisons, les trois postulats de la théorie juridique classique cadrent de moins en moins bien avec la socio-démographie des sociétés contemporaines »¹⁵⁰⁶.

Alors qu'une partie des auteurs plaide pour l'abandon de l'épistémologie positiviste et en constate la désuétude au bénéfice d'une épistémologie postmoderne favorable au déploiement du pluralisme juridique, d'autres soulignent les risques de fragmentation du droit et l'inopérance pratique du postulat pluraliste. Tantôt l'adhésion à une conception plurielle du droit constitue un prérequis à l'élaboration d'une théorie pragmatique visant, à l'instar de la théorie syncrétique de Boris BARRAUD, à rendre le pluralisme juridique intellectuellement acceptable et légitime¹⁵⁰⁷ ; tantôt on s'interroge sur la réalité même de ce changement paradigmatique, constatant que ce que l'on présente comme le passage de la modernité à la postmodernité constitue en réalité le parachèvement de la modernité¹⁵⁰⁸. Dans ce contexte, on voit fleurir toute une série de concepts cherchant à rationaliser l'apparente recomposition du droit. Pluralisme juridique, multijuridisme, polycentrisme ou encore interlégalité relèvent désormais du vocabulaire courant dans le langage de la théorie du droit.

Pourtant, en raison de l'héritage historique et culturel de l'idéologie juridique républicaine, le pluralisme juridique est très mal perçu chez les juristes français. En effet, et particulièrement dans le champ des problématiques religieuses, c'est presque par réflexe que la notion de « pluralisme juridique » est associée à l'idée de la religion institutionnalisée, avec le sentiment que le pluralisme juridique conduirait à la relativisation de l'État vis-à-vis du droit de l'Église, d'une Église, d'une religion. La notion éveille, voire réveille, des relents passionnés des combats laïcs du XIX^e siècle ; combats qui ont abouti à la séparation des Églises et de l'État en 1905¹⁵⁰⁹. On comprend logiquement que les critiques développées à l'encontre de l'idéologie juridique républicaine ne suffisent pas à ôter le sentiment d'inquiétude que cause le pluralisme juridique dans le monde juridique français. Pourtant, le renouvellement postmoderne des sources du droit invite à trouver de nouveaux équilibres en termes d'appréhension juridique des normativités.

¹⁵⁰⁶ R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS*, 2002, n° 33, p. 135.

¹⁵⁰⁷ Cf. B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique. Tome I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, 2016 ; B. BARRAUD, *Théories du droit et pluralisme juridique. Tome II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, 2016.

¹⁵⁰⁸ V. en ce sens, A. GIDDENS, *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1991. V. ég. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, 2008, p. 16-17 : l'auteur évoque les incertitudes terminologiques relatives à la supposée rupture de la modernité à la postmodernité, préférant à cette dernière les notions de « sur-modernité », d'« hyper-modernité » ou encore d'« archi-modernité ». V. aussi M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002.

¹⁵⁰⁹ Sur la religion comme ordre juridique et les combats laïcs, v. *supra* n° 23s.

319. Deux paradigmes de logique concurrentielle des ordres juridiques, le monisme et le pluralisme juridiques. Dans sa prétention au monopole de production du droit, le monisme juridique s'intègre dans une logique concurrentielle revenant à nier toute juridicité aux normativités qui n'émaneraient pas de lui-seul. À un degré différent, le pluralisme juridique repose lui aussi sur une logique de concurrence entre les ordres juridiques. Comme le souligne Norbert ROULAND, le pluralisme « postule l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques, notamment non étatiques, en relation d'opposition, de coopération ou d'ignorance réciproque »¹⁵¹⁰. Il ne s'agit donc plus nécessairement d'imposer l'hégémonie d'un seul ordre juridique, celui de l'État, mais de consacrer une logique d'*articulation* entre plusieurs ordres juridiques. Loin de se chevaucher ou de s'interpénétrer, ces derniers se chassent, parfois en suivant des règles de compétence, à l'image de celles régissant le droit international privé. À l'instar de Gislain OTIS qui parle de *pluralisme de subordination*¹⁵¹¹, la reconnaissance par un ordre juridique de l'existence – nous pourrions même dire de l'existence légitime – d'autres ordres juridiques repose sur une logique verticale statocentrée. Selon Jacques VANDERLINDEN¹⁵¹², cette logique est nourrie par la vocation *totalitaire* du droit étatique qui « rend, ou tente de rendre compte de la totalité des éléments d'un phénomène, qui englobe ou tente d'englober la totalité des éléments d'un ensemble »¹⁵¹³. En ce sens, nonobstant la reconnaissance de « statuts personnels », dérogoires au droit commun à certains égards et permettant « à certaines populations de continuer à jouir légalement de certains particularismes, tout en modifiant de ce fait le système juridique global, dans lequel se trouve injectée une certaine dose de pluralisme »¹⁵¹⁴, l'ordre juridique étatique demeure celui qui gouverne le droit sécrété par l'ordre juridique local. On distingue alors des phénomènes d'acculturation juridique s'inscrivant « dans des rapports de force (colonisation, annexion...) qui donnent un avantage initial à la société dominante »¹⁵¹⁵. De même, le pluralisme juridique traduit parfois l'« ambition » des peuples autochtones aspirant à une reconnaissance de leurs particularités communautaires¹⁵¹⁶. Il en résulte que la théorie du pluralisme juridique est invoquée par des ordres juridiques distincts de l'État pour imposer leur reconnaissance.

¹⁵¹⁰ N. ROULAND, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 4.

¹⁵¹¹ G. OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al., Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3 (voir p. 20).

¹⁵¹² J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013, p. 368.

¹⁵¹³ TLFi, v. « totalitaire ».

¹⁵¹⁴ N. ROULAND, *op. cit.*

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ L. SERMET, « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 201, spéc. p. 240.

Le concept de pluralisme juridique ne s'est finalement « pas développé dans un esprit de continuité avec ses racines historiques, mais dans un contexte de confrontation et de rupture avec les idées dominantes de chaque époque, par exemple : lutte contre le libéralisme et l'individualisme juridique au début du XX^e siècle [...], lutte contre l'État colonial avant et après la Seconde Guerre mondiale [...], réhabilitation des sociétés autochtones [...] »¹⁵¹⁷. La théorie du pluralisme juridique se fait elle aussi le vecteur d'une logique d'ordres imposés, d'ordres qui s'affirment les uns par rapport aux autres, les uns à l'encontre des autres.

320. Limites de l'ordre imposé : l'exemple de Mayotte. Dans un article consacré à l'île mahoraise, Mathilde PHILIP-GAY démontre que cette logique de l'ordre imposé est celle qui a prédominé à Mayotte avant sa départementalisation. La réaffirmation de son monopole par l'État français y serait passée par l'imposition de valeurs communes suite à l'Accord sur l'avenir de Mayotte signé le 27 janvier 2000¹⁵¹⁸. On aurait ainsi cherché à exporter les « valeurs de la République » à cette petite île de l'archipel des Comores, ancienne colonie française devenue collectivité territoriale, puis collectivité départementale, collectivité d'outre-mer assimilée à statut de base, et enfin département d'outre-mer. Le cas de Mayotte répond aux critères de ce que Gislain OTIS qualifie de *pluralisme hégémonique* ou *hiérarchique* inhérent à l'articulation coloniale et postcoloniale de deux ordres juridiques concurrents (celui des droits non-étatiques originellement présents sur le territoire, et celui de l'ordre juridique étatique que l'État cherche à imposer). Les procédés caractéristiques de l'interaction coloniale énoncés par l'auteur se rapprochent en effet de ceux utilisés à l'égard de Mayotte jusqu'à sa départementalisation. Ceux-ci consistent pour l'État à :

- « - *édicter* le droit de l'autre, en le décrétant d'autorité par la voie législative tout en prétendant s'en inspirer ;
- *écrire* le droit de l'autre en prétendant simplement le codifier dans la loi au nom de la sécurité juridique ;
- *dire* le droit de l'autre en confiant son interprétation et son application exclusivement à des juges et des fonctionnaires étatiques ;
- *contraindre* le droit de l'autre – notamment sous couvert de l'ordre public national – tant au plan de ses modes de production qu'au plan de sa substance ;
- *refouler* le droit de l'autre par son éviction au profit du droit étatique en situation de conflit de normes, y compris en résolvant tout conflit interpersonnel de lois par l'imposition d'un droit étatique commun jouissance d'une prééminence systématique et inconditionnelle ;

¹⁵¹⁷ H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135, spéc. p. 155 (nous soulignons).

¹⁵¹⁸ M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, 2018, n° 6, p. 59 ; et C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75.

- *suppléer* au droit de l'autre en imposant le principe de l'application supplétive du droit étatique en cas de "lacune" ou de "silence" du droit autochtone ;

- *dévaloriser* le droit de l'autre en privilégiant par divers moyens l'option individuelle en faveur du droit étatique au détriment du droit autochtone [...] »¹⁵¹⁹.

Édicter, dire, écrire, contraindre, refouler, suppléer, dévaloriser sont autant de procédés que l'on retrouve dans et suite à l'Accord du 27 janvier 2000. Celui-ci évoque par exemple l'adoption d'une organisation juridique, économique et sociale qui se rapproche « le plus possible du droit commun », mais « adaptée à l'évolution de la société mahoraise » (*édicter...*) ; il a mené à la suppression de la justice cadiale (*dire...*). De même, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur français pouvait adopter des dispositions de nature à faire évoluer les règles du statut de droit local mahorais afin de les rendre compatibles avec les droits constitutionnellement protégés¹⁵²⁰, ce qui a abouti, constate Mathilde PHILIP-GAY, à une modification substantielle de ces règles en moins de dix ans¹⁵²¹ (*contraindre...*).

Pour que le modèle soit fécond, il était donc nécessaire que cette greffe normative prenne¹⁵²², au risque sinon de conforter le déploiement d'un ordre social concurrent à l'ordre juridique étatique importé à Mayotte. Pourtant, au détriment des nouvelles règles imposées au nom du droit commun, les anciens réflexes coutumiers persistèrent au travers d'une stratégie d'éviction, notamment à l'égard des juridictions civiles. Par exemple, alors que la justice cadiale a été progressivement supprimée et que les cadis se sont vus ôter leur compétence juridictionnelle et notariale pour ne conserver qu'un rôle de médiation et de conseil, il subsiste en pratique une préférence des mahorais du recours aux cadis, en particulier pour les mariages. De même, l'interdiction de la polygamie et de la répudiation pour les mariages conclus après le 1^{er} janvier 2005 n'aurait pas rencontré de véritable application en pratique : une partie des mahorais préférant toujours s'unir de manière coutumière ou polygame. L'ensemble de ces éléments conforte la réalité d'un droit à deux vitesses sur l'île¹⁵²³ et révèle un « échec d'acculturation juridique » identifiable, selon Jean CARBONNIER :

¹⁵¹⁹ G. OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al., Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3 (voir p. 21).

¹⁵²⁰ CC, Décision n° 2003-474 DC, 17 juil. 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*.

¹⁵²¹ M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, 2018, n° 6, p. 59.

¹⁵²² Nous faisons ici écho à la métaphore de la transplantation utilisée par le doyen G. CARBONNIER pour décrire l'exportation du système juridique français dans les colonies ; cf. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3 éd., PUF, 2016, p. 376.

¹⁵²³ Cf. M. PHILIP-GAY, *op. cit.* ; l'auteure se réfère à une enquête INSEE intitulée *Migrations, natalité et solidarités familiales* qui rapportait qu'en 2017 un homme sur 10 était toujours polygame. Elle y constate une faible baisse des pratiques en la matière.

« en ceci que la loi d'importation glisse à la surface des consciences individuelles : quand bien même elle ne serait pas ignorée, elle reste impuissante à influencer les actions quotidiennes »¹⁵²⁴.

321. Le problème de la logique de l'ordre imposé, quand bien même elle serait invoquée au service du « vivre ensemble », est de subordonner la différence culturelle à une régulation verticale statocentrée où la différence est tantôt effacée par l'invocation des « valeurs de la République » et d'un « ordre public sociétal » que l'on impose à l'étranger, tantôt institutionnalisée par l'attribution de droits spécifiques déterminés selon un critère communautaire qui amènent, « de manière inéluctable, à s'affranchir des valeurs partagées »¹⁵²⁵. La logique de l'ordre imposé marque le rejet réciproque des ordres juridiques par absorption de l'un par l'autre, ou par résistance de l'un envers l'autre. Plutôt que d'être abordée pacifiquement, la coexistence culturelle glisse rapidement vers le *différend culturel*. Ce dernier amène avec lui un lot de revendications qui tendent parfois à remettre en question « l'autorité et [...] la légitimité de l'action publique »¹⁵²⁶, élément caractéristique de la théorie de la gouvernance.

322. Évolution : théorie de la gouvernance et pluralisme juridique radical. Bâtie sur le constat empirique d'un faisceau de phénomènes tels que la contractualisation du droit, la privatisation de la justice, la décentralisation, l'internationalisation, la montée de la normativité religieuse et la prolifération de « codes de conduite » para-étatiques, la théorie de la gouvernance se fait le témoin et se veut le remède d'un « État de plus en plus dépassé ou éludé dans la quête de solutions aux problèmes toujours plus complexes rencontrés par des sociétés sans cesse plus éclatées »¹⁵²⁷. Notion polysémique, la gouvernance se serait imposée depuis les années 1990 comme le nouveau fétiche de l'ébranlement de la modernité. Son essor s'appuie sur un postulat : celui du déclin du principe traditionnel de souveraineté étatique¹⁵²⁸. Dans le contexte européen d'articulation des souverainetés nationales avec une gouvernance régionale (l'Union Européenne et la CEDH), le déploiement d'une telle théorie semble naturel. Il est d'autant plus naturel que « [l]a gouvernance lance le défi de la reconnaissance et de la coexistence des traditions et des cultures juridiques au sein des territoires étatiques et dans la sphère supranationale ; elle ouvre la

¹⁵²⁴ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3 éd., PUF, 2016, p. 383.

¹⁵²⁵ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75.

¹⁵²⁶ G. OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al., Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3 (voir p. 9).

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵²⁸ Sur la gouvernance, v. tout particulièrement J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003, n° 1, p. 203.

porte à une conception décolonisée – c'est-à-dire moins hiérarchique et statocentrique – de l'internormativité »¹⁵²⁹. Dans cette optique, l'État se décloisonne et s'ouvre à la diversité sociale : « il tend à devenir un État pluriel »¹⁵³⁰.

En ce sens, la théorie de la gouvernance fait le jeu d'un autre mouvement doctrinal qui s'est lui aussi développé dans les années 1990. Certains penseurs de l'époque – à l'instar du sociologue allemand Gunther TEUBNER¹⁵³¹ et des juristes Jacques VANDERLINDEN¹⁵³² et Ronald MACDONALD¹⁵³³ – se sont attachés à voir dans l'individu le point de rencontre de multiples réseaux sociaux, « d'ordres qu'il considère comme juridiques » et dont il détermine une hiérarchie *ad hoc*¹⁵³⁴. Une théorie dans laquelle le pluralisme juridique s'envisage comme « une hypothèse pour imaginer et pour aborder la normativité dans les sociétés hétérogènes »¹⁵³⁵, qui conçoit *toutes* les normativités comme des ordres juridiques, fut ainsi élaborée. Dénommée « pluralisme juridique radical »¹⁵³⁶, cette théorie du pluralisme juridique perçoit la notion de droit, non comme phénomène social objectif, mais comme une « construction sociale subjective, émergeant dans l'interaction sociale quotidienne »¹⁵³⁷. Elle cherche à rendre compte d'un « univers normatif infiniment complexe et dépassant largement les confins du droit étatique »¹⁵³⁸ et admet que plusieurs ordres juridiques puissent s'intercaler entre l'individu et l'État. Dans cette perspective,

« Chaque individu peut dès lors appartenir à plusieurs ordres juridiques en même temps et, de ce fait, être soumis à plusieurs normes, voire être passible de plusieurs sanctions : étatique, certes, mais aussi professionnel, local, religieux et,

¹⁵²⁹ G. OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al., Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3 (voir p. 29).

¹⁵³⁰ J. CHEVALLIER, *op. cit.*

¹⁵³¹ Sur la vision teubnérienne du pluralisme juridique, v. M. COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux ? », *Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, n° 12, p. 93.

¹⁵³² J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013. L'auteur adoptera, étayera et affinera à partir de 1992 cette théorie du pluralisme juridique radical en renversant complètement la compréhension de la matière qu'il avait développée depuis les années 1970. L'ouvrage, qui recueille les articles que l'auteur a consacrés à la théorie du pluralisme juridique, retrace ce changement radical de perspective.

¹⁵³³ R. A. MACDONALD, « Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de J.-G. BELLEY, LGDJ, 1996, p. 233 ; R. A. MACDONALD, « Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1998, n° 15, p. 69 ; R. A. MACDONALD, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », in *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al., Thémis et Bruylant, 1998, p. 9 ; R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDU*, 2002, n° 33, p. 135.

¹⁵³⁴ Telle est, globalement, la pensée de J. VANDERLINDEN dès 1993 ; cf. J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵³⁵ R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*

¹⁵³⁶ *Ibid.* ; T. DELPEUCH, L. DUMOULIN et C. DE GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014, p. 30 ; J. VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 373. Sur le pluralisme juridique radical, v. la thèse de S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, [th. : 2002].

¹⁵³⁷ R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*

¹⁵³⁸ S. LEBEL-GRENIER, *op. cit.*, spéc. p. 16.

pourquoi pas, familial, le sentiment d'appartenance étant généralement plus fort pour les groupes les plus proches »¹⁵³⁹.

Il en résulte que l'ordre juridique se révèle par le « conflit déchirant la conscience ou l'inconscient de *l'individu* »¹⁵⁴⁰ qu'il suscite lorsqu'il se heurte à un autre ordre juridique. Tel est le cas, explique le doyen Jean CARBONNIER, de l'objection de conscience, laquelle traduirait la « collision de deux ordres juridiques dans la conscience individuelle »¹⁵⁴¹ : celle de l'ordre juridique étatique et d'un impératif religieux ayant valeur juridique selon les autorités religieuses compétentes. La conception théorique de l'ordre juridique y conserve une base sociale, toute expérience juridique, écrira Georges GURVITCH, « étant collective »¹⁵⁴², mais elle reconnaît que le for intérieur de l'individu soit le lieu de rencontre et de révélation d'ordres juridiques concurrents. Au sujet de droit s'oppose, selon l'expression de Jacques VANDERLINDEN, son homonyme le sujet de droit.¹⁵⁴³

Cette théorie s'est déclinée en deux autres concepts fondamentaux : l'interlégalité et le multijuridisme. Le premier, proposé par Boaventura DE SOUSA SANTOS, envisage la superposition et l'entrecroisement de trois espaces juridiques – l'espace local, l'espace national et l'espace mondial – qui se distinguent les uns des autres par l'échelle qu'ils utilisent pour réguler l'action sociale. Ce concept clef des théories postmodernes du droit est né du postulat selon lequel c'est moins sur l'identification des ordres juridiques que sur les *relations* entre des espaces juridiques agissant simultanément, sur des échelles différentes et selon des perspectives interprétatives différentes que doit se concentrer l'analyse juridique¹⁵⁴⁴.

Le second, le multijuridisme, est un néologisme employé par Étienne LE ROY pour échapper aux querelles de mots sur le « pluralisme juridique ». Ce concept, qui découle de la théorie du pluralisme juridique radical, s'oriente autour de la volonté d'intégrer le multiple dans l'idée juridique, et notamment de « penser de manière conjointe ce qui était disjoint ; penser de manière complémentaire ce qui était opposé ou contraire ; inscrire de manière itérative le global et le local, l'ordre capitaliste et les schémas identitaires (pour récuser leur “politiquement correct” respectif

¹⁵³⁹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 125, n° 142.

¹⁵⁴⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., LGDJ, 2014, p. 20.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵⁴² G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 74.

¹⁵⁴³ V. J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013, spéc. p. 92 et p. 174. Pour l'auteur, le pluralisme juridique s'oppose au positivisme dans la définition qu'ils donnent du droit. D'un côté, le Droit selon le positivisme se compose des huit éléments suivants : « le Droit positif est *unique* [...], *étatique* [...], formé de *règles* [...] *abstraites* [...] tendant à l'*objectivité* [...] dans une *hiérarchie* [...] dominée par la *loi* [...] dont des *procédés déductifs* [...] permettent de dégager la manière de résoudre des cas concrets ». Le pluralisme pourrait en proposer une définition composée des antonymes de chacun des éléments susvisés (v. le tableau comparatif réalisé par J. VANDERLINDEN qui figure à la p. 174 de l'ouvrage sus-cité).

¹⁵⁴⁴ B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, n° 10, p. 390.

ou leur pensée unique) »¹⁵⁴⁵. Ce nouveau paradigme juridique, multijuridique, s'envisage sous la plume de l'auteur selon l'idée du partage : un partage qui porterait sur les valeurs, les formes sociales ou encore sur les ressources. Autrement dit, le multijuridisme doit être abordé « non comme un ensemble statique d'injonctions ou de sanctions, mais comme un système ouvert, dynamique, comme un jeu ou comme un processus dont on doit reformuler les règles par un nouveau paradigme »¹⁵⁴⁶.

323. L'évolution de la pensée doctrinale ces trente dernières années a révélé les possibilités d'une nouvelle conception du Droit, plus en harmonie avec les réalités sociales. La remise en cause anthropologique de l'ethnocentrisme et les réflexions relatives à l'appréhension de la diversité dans un monde globalisé a conduit à l'émergence d'une reconfiguration épistémologique, où le relativisme culturel s'incarne dans ordre négocié, où le pragmatisme se substitue à l'abstraction, la pluralité à l'unité, et le relativisme à l'universalisme¹⁵⁴⁷. Ce défi paradigmatique se reflète dans le champ juridique par des enjeux de théorie du droit et par la remise en cause du modèle classique de l'ordre imposé. Dans cette phase de transition, les tenants et aboutissants d'un modèle juridique postmoderne relèvent encore de l'ordre du prospectif. Pourtant, l'appréhension par le droit du pluralisme – sans le juridique – s'envisage toujours plus comme une nécessité (**B**).

B. Une nécessité juridique

324. Le pluralisme, un principe juridique en gestation¹⁵⁴⁸. En droit interne français, le concept de pluralisme – confessionnel pour ce qui nous intéresse – a connu nombre d'évolutions depuis la Révolution française, avec une accélération ces trente dernières années. Juridiquement consécutif à la proclamation de la liberté d'opinion religieuse et de la liberté de conscience¹⁵⁴⁹, c'est à partir de la seconde moitié du XX^e siècle qu'il semble avoir acquis une véritable consistance. En effet, dès 1789, l'abolition des discriminations d'origine religieuse découlant de l'article 10 de la DDHC contribuait à l'érection des fondements juridiques du pluralisme confession-

¹⁵⁴⁵ E. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in *Théories et émergence du droit*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al., Thémis-Bruylant, 1998, p. 29, spéc. p. 38.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, spéc. p. 38.

¹⁵⁴⁷ Selon les critères respectifs de la modernité et de la postmodernité envisagés par A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ, 1989. V. également H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135 (voir p. 141s.) : pour l'auteur, les deux caractéristiques principales de la postmodernité s'incarnent dans la complexité et le relativisme.

¹⁵⁴⁸ Selon l'expression de B. CHELINI-PONT, « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française », in *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, sous la dir. de F. FABERON-TOURETTE, PUAM, 2015, p. 63.

¹⁵⁴⁹ Nous mettons volontairement de côté ici la réalité sociologique du pluralisme.

nel. Une fois proclamée, la liberté des opinions « mêmes religieuses » fondait par exemple la reconnaissance du statut de citoyen aux juifs de France. Sous le Concordat de 1801, le système des cultes reconnus organisait à son tour un pluralisme confessionnel en refusant que la religion catholique, bien que « religion de la majorité des Français », bénéficie du statut de religion d'État ou de religion officielle. Mais c'est surtout en réaction aux barbaries de la Seconde Guerre mondiale, en premier lieu, puis dans les Constitutions de la IV^e et de la V^e République, en second lieu, que le pluralisme s'est déployé en profondeur dans le champ juridique comme une conséquence de l'affirmation constitutionnelle du respect de toutes les croyances, de l'égalité et de la non-discrimination ; soit « autant de principes ramassés dans celui de la laïcité »¹⁵⁵⁰. Ce déploiement coïncide sociologiquement avec l'essor des flux de population dans un contexte de globalisation et de sortie de conflits – que l'on pense à la fin de la guerre de 1939-1945 ou aux lendemains de la guerre d'Algérie. D'un point de vue juridique, tout se passe comme si « le pluralisme religieux exist[ait] *de facto* comme un résultat mécanique de la laïcité juridique »¹⁵⁵¹.

325. Le pluralisme s'est ensuite frayé un chemin dans le champ législatif pour progressivement s'installer aux côtés des principes de laïcité et de neutralité. Dans l'enseignement public par exemple, l'article 3, 1^o du Décret n^o 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement qui associe le respect du principe de laïcité à celui du pluralisme s'est traduit par l'intégration dans le Code de l'éducation d'un article L. 511-2 prévoyant que « Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression »¹⁵⁵². En outre, grâce au rapport sur la laïcité produit par le Conseil d'État en 2004 une compréhension active de la notion de pluralisme s'est immiscée dans le champ juridique au travers d'une interprétation de la laïcité en vertu de laquelle « Si l'État ne reconnaît aucune religion, il ne doit en méconnaître aucune, et il reconnaît le fait religieux »¹⁵⁵³. Le pluralisme s'y dessine tantôt comme la conséquence de l'aspect négatif de la laïcité – celui qui « fait disparaître la catégorie juridique des cultes reconnus » – tantôt comme la finalité de son aspect positif – selon lequel l'État assure « la liberté personnelle de croire ou de ne pas croire » et « se reconnaît l'obligation de rendre possible l'exercice des cultes »¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵⁰ B. CHELINI-PONT, *op. cit.* Dans une logique différente d'articulation de ces principes, le vice-Président du Conseil d'État, J.-M. SAUVÉ, envisage la laïcité et la neutralité de l'État comme une manifestation du principe plus général d'égalité ; cf. J.-M. SAUVÉ, « Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français », *Contribution à l'étude collective réalisée à l'occasion du 15^{ème} anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Liberte-de-conscience-et-liberte-religieuse-en-droit-public-francais>>, 11 oct. 2017.

¹⁵⁵¹ B. CHELINI-PONT, *op. cit.*

¹⁵⁵² Issu de la loi n^o89-486 du 10 juillet 1989 (nous soulignons).

¹⁵⁵³ *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 277.

¹⁵⁵⁴ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, PUF, 2003, t. II, p. 156s.

326. Dans le champ constitutionnel, la notion évolue semblablement. Le pluralisme apparaît en jurisprudence d'abord de manière incidente en 1981, puis se développe dans le contentieux constitutionnel sous l'angle de l'article 11 de la DDHC au nom d'une protection effective de la libre communication des pensées et des opinions. La préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels fut alors explicitement consacrée au rang des objectifs à valeur constitutionnelle dans une décision du 27 juillet 1982¹⁵⁵⁵. Consécutivement, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 mettait à la charge du Conseil supérieur de l'audiovisuel le devoir d'assurer « le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision », duquel se déduit le devoir de veiller au respect de l'expression du pluralisme religieux dans le service public. Par la suite, la notion de pluralisme fut approfondie par le Conseil constitutionnel dans le domaine général de la communication et des médias, mais aussi dans le domaine de la vie politique où il aurait – selon Dominique ROUSSEAU – gagné en « force contentieuse » et pris les traits d'une « exigence constitutionnelle », puis d'un principe¹⁵⁵⁶. Progressivement, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions s'imposerait comme le « fondement de la démocratie »¹⁵⁵⁷ et comme une condition de l'exercice effectif de l'« une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »¹⁵⁵⁸, à savoir la libre communication des idées et informations. Il devient une « condition objective et téléologique d'effectivité des droits fondamentaux » et, en l'occurrence, de la liberté d'expression¹⁵⁵⁹. Sous la plume de certains auteurs, le pluralisme – avec la dignité – doit alors s'interpréter comme un principe *d'intelligibilité* des droits fondamentaux aux-

¹⁵⁵⁵ Cf. CC, déc. n° 141 DC du 17 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* et CC, déc. n° 181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* (pluralisme des quotidiens d'information politiques et générales) ; CC, déc. n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (communications audiovisuelles) spéc. Cons. 3 : « Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché ».

¹⁵⁵⁶ V. en ce sens, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11 éd., LGDJ, 2016, p. 412, n° 440, citant respectivement : CC, déc. n° 89-271 DC du 11 janv. 1990 *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques* et CC, déc. n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012 ; CC, déc. n° 2004-490 DC du 12 févr. 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, spéc. cons. 84 ; CC, déc. n° 2012-233 QPC, 21 févr. 2012, *Mme Marine LE PEN*, spéc. cons. 10 ; CC, déc. n° 2013-353 QPC du 18 oct. 2013, *M. Franck M. et autres* ; CC, déc. n° 2014-407 QPC du 18 juil. 2014, *MM. Jean-Louis M. et Jacques B.*

¹⁵⁵⁷ CC, déc. n° 89-271 DC du 11 janv. 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, spéc. cons. 12.

¹⁵⁵⁸ CC, déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, préc., spéc. cons. 35-39.

¹⁵⁵⁹ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 163.

quels il contribue à donner une *unité de sens*¹⁵⁶⁰. Étape par étape, le pluralisme acquiert une portée de plus en plus étendue ; de la « notion en creux »¹⁵⁶¹, produit mécanique de la garantie d'autres droits et libertés, il prend les traits d'un principe constitutionnel « valorisé »¹⁵⁶², consacré à l'article 4 de la Constitution dans sa rédaction issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁵⁶³.

327. La notion de pluralisme a gagné en épaisseur. Elle s'impose désormais comme la pierre angulaire de la garantie des droits fondamentaux. Sa densification juridique est renforcée, conséquence du dialogue des juges, par le déploiement de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme où le pluralisme s'y est développé comme une condition essentielle des sociétés démocratiques.

328. Le pluralisme, une condition de la société démocratique au sens du droit européen des droits de l'Homme. Le pluralisme est un concept clef du droit européen des droits de l'Homme qui s'est d'abord imposé comme une donnée irréductible de l'élaboration de la Convention EDH et de la construction de ses organes de contrôle. En effet, la préservation d'une « conception commune et d'un commun respect des droits de l'homme »¹⁵⁶⁴ ne pouvait s'envisager sans égard envers une certaine forme de pluralisme : celui des États parties. Quarante-sept États signataires¹⁵⁶⁵, c'est autant de traditions, de cultures, de systèmes, de valeurs, d'histoires sur lesquels il fallait bâtir un système commun de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À l'origine, le pluralisme n'est autre qu'une *réalité* consubstantielle à l'office du juge européen des droits de l'homme, le *concept* ne figurant pas formellement dans le texte de la Convention¹⁵⁶⁶. Il est néanmoins au cœur du mécanisme et se dévoile au travers des dispositions destinées à tenir compte de la diversité et des intérêts particuliers des États signataires telles que la

¹⁵⁶⁰ V. en ce sens, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11 éd., LGDJ, 2016, p. 279, n° 307.

¹⁵⁶¹ B. CHELINI-PONT, « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française », in *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, sous la dir. de F. FABERON-TOURETTE, PUAM, 2015, p. 63 (voir p. 65).

¹⁵⁶² D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 412, n° 439s.

¹⁵⁶³ La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a inséré un troisième alinéa à l'article 4 de la Constitution de 1958 qui se lit ainsi : « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». Il en résulte une véritable obligation positive qui pèse sur le législateur de garantir l'expression pluraliste des opinions, et on voit mal dans quelle mesure cette disposition ne couvrirait pas les opinions religieuses.

¹⁵⁶⁴ Cf. le quatrième considérant du Préambule de la Convention EDH.

¹⁵⁶⁵ À l'origine, douze États ont signé la Convention le 4 novembre 1950 : l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Turquie. Le 28 novembre, la Grèce et la Suède signaient à leur tour la Convention qui ne connu aucun autre signataire jusqu'à son entrée en vigueur le 3 sept. 1953 (après que dix États l'aient ratifiée).

¹⁵⁶⁶ Si bien qu'il relève de « l'idée reçue », voire « du cliché » que de présupposer que thème du pluralisme est consubstantiel à la Convention européenne des droits de l'homme ; cf. en ce sens, F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 32. V. ég. P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 13 (voir p. 18).

possibilité d'émettre des réserves (art. 57), la faculté de dérogation (art. 15), la clause d'ordre public (pour les droits balancés de l'article 8 à l'article 11), par exemple. Ce pluralisme est dit *international* en ce qu'il se fait le témoin de la pluralité des solutions nationales tant d'un point de vue matériel (les solutions et les règles de fond) que procédural.

329. Le pluralisme s'est enrichi d'une conception plus substantielle. Fruit de l'œuvre du juge européen, ce pluralisme que l'on dit *interne* s'oppose au pluralisme *international* en ce qu'il tient à la préservation de la diversité *au sein* des États¹⁵⁶⁷. Évoqué pour la première fois dans l'arrêt *Handyside* où la Cour EDH l'érigait, avec la tolérance et l'ouverture d'esprit, en condition d'une société démocratique¹⁵⁶⁸, le concept s'est étoffé au point d'être perçu comme une « valeur cardinale » de pareille société¹⁵⁶⁹. En doctrine, on considère même qu'il relève des quatre principes fondamentaux sur la base desquels la Cour de Strasbourg construit un modèle européen de société démocratique¹⁵⁷⁰ - *i.e.* le principe de non-discrimination, le principe de respect de la dignité humaine, le principe de prééminence du droit et enfin le principe de pluralisme. Au fil de la jurisprudence européenne, le concept de pluralisme a été construit consubstantiellement à la notion de « société démocratique »¹⁵⁷¹, a été érigé en condition de la démocratie¹⁵⁷², et s'est même imposé comme indispensable à « l'évolution saine d'une société démocratique »¹⁵⁷³ de telle sorte que la doctrine l'envisage comme une « règle de pilotage »¹⁵⁷⁴, comme un principe d'interprétation de la Convention¹⁵⁷⁵, voire comme un « idéal » devant « guider l'ensemble des choix fondamentaux qu'une société libérale est appelée à faire »¹⁵⁷⁶.

Par le biais de ce « pluralisme – principe directeur »¹⁵⁷⁷, les juges de la Cour EDH développent une jurisprudence de reconnaissance de la légitimité de la diversité et de soutien à sa pré-

¹⁵⁶⁷ M. LEVINET, « Propos introductifs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 1, spéc. p. 2.

¹⁵⁶⁸ Cf. Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, § 49.

¹⁵⁶⁹ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 37. V. ég. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, 2006, [th. Montpellier : 2005] : l'auteure y démontre que la notion européenne de « société démocratique » constitue un standard du droit européen des droits de l'homme par lequel la Cour EDH construit un critère évolutif de conventionalité du comportement des autorités étatiques.

¹⁵⁷¹ V. entre autres Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 31 ; Cour EDH [G.C.], *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 18 févr. 1999, req. n° 24645/94, § 34 ; Cour EDH [G.C.], *Leyla Saban c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 104.

¹⁵⁷² Cour EDH [G.C.], *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janv. 1998, req. n° 19392/92, § 43 : « La Cour l'a souvent souligné : il n'est pas de démocratie sans pluralisme ».

¹⁵⁷³ Cour EDH, *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006, req. n° 50692/99, § 30.

¹⁵⁷⁴ L'expression est empruntée par F. SUDRE à Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 1995, p. 44.

¹⁵⁷⁵ V. en ce sens, F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 32 (voir p. 36s.).

¹⁵⁷⁶ P. WACHSMANN, « Pluralisme », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al., PUF, 2008, p. 769

¹⁵⁷⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 35.

servation. Diversité, pluralisme et démocratie y prennent la forme d'un triptyque interdépendant, où le pluralisme, condition de la société démocratique, repose « sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des convictions religieuses et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques »¹⁵⁷⁸. Mais quelle portée peut-on accorder à ce principe de pluralisme ? Dans quelle mesure est-il susceptible de s'infiltrer, voire de s'imposer, en droit français ? Il est tout à fait possible d'imaginer que le pluralisme n'ait été envisagé qu'à l'échelle du groupe, par le prisme du groupe, et au service du groupe, auquel cas la France pourrait se départir de son application directe en avançant l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. Certaines décisions de la Cour de Strasbourg pourraient en effet porter à confusion quant à la potentielle ouverture du droit européen des droits de l'homme aux droits de groupe. Tel est le cas de l'arrêt *Gorzelik*, dans lequel la Cour avait en effet insisté sur le fait que le rôle de la liberté d'association dans la préservation du pluralisme ne se limite pas au pluralisme des partis politiques mais que cette liberté est particulièrement importante pour les personnes appartenant à des minorités, y compris à des *minorités nationales et ethniques*. Pour ce faire, elle s'appuyait sur le préambule à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales¹⁵⁷⁹, qu'elle citait ainsi :

« une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité ».

La Cour EDH en concluait que la fondation d'une association afin d'exprimer et promouvoir l'identité d'une minorité peut aider cette dernière à préserver et défendre ses droits¹⁵⁸⁰, valorisant de la sorte la protection de l'identité des personnes appartenant à des minorités sur le fondement de cette appartenance. Le fait que la France n'ait pas signé la Convention-cadre n'y change vraisemblablement rien : la Cour ne fonde pas sa décision sur ladite Convention mais l'emploie pour éclairer son propre raisonnement, ce qui a pour conséquence de faire évoluer la signification européenne de la notion de pluralisme en explicitant – si cela va sans dire, cela ira mieux en le disant – l'obligation qui incombe aux États de permettre aux minorités d'exprimer et de promouvoir

¹⁵⁷⁸ Cour EDH [G.C.], *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 févr. 2004, req. n° 44158/98, § 91. V. ég. Cour EDH [G.C.], *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janv. 2001, req. n° 27238/95, spéc. § 93 : « La Cour observe que l'on peut dire qu'un consensus international se fait jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie [...], non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble ». À l'époque, la Cour de Strasbourg avait toutefois conclu que ce consensus n'était pas suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications spécifiques et qu'en conséquence son rôle ne se limitait qu'à l'exercice d'un contrôle (§ 94).

¹⁵⁷⁹ Conv. ETS n° 157 du 1^{er} févr. 1995.

¹⁵⁸⁰ Cour EDH [G.C.], *Gorzelik et autres c. Pologne*, préc., § 92.

leur identité¹⁵⁸¹. Il faut alors, et nous nous rangeons sur ce point derrière Caroline PICHERAL, « se garder de toute extrapolation concernant une éventuelle obligation de reconnaître les minorités en tant que telles »¹⁵⁸². En effet, quoique les instances de Strasbourg rappellent régulièrement qu'il incombe à l'État de faire en sorte que les groupes opposés se tolèrent, la préservation du pluralisme est une garantie qui s'adresse aussi, voire en premier lieu, aux individus. Le groupe est protégé par ricochet et « c'est dans l'interprétation des droits individuels garantis par la Convention que se joue la capacité de la norme européenne à protéger les minorités »¹⁵⁸³.

330. Cette racine individuelle du pluralisme est particulièrement mise en exergue dans le domaine de la liberté de religion, où il est régulièrement rappelé à Strasbourg que les autorités ne doivent pas éliminer les tensions religieuses en éliminant le pluralisme. C'est sur ce motif que dans un arrêt *Hamidovic*, la Cour EDH jugeait que le fait d'expulser un témoin du prétoire, de le reconnaître coupable d'outrage à magistrat et de lui infliger une amende pour avoir refusé d'enlever sa calotte méconnaissait son droit fondamental de manifester sa religion. Et la Cour de préciser :

« Freedom to manifest one's religion is a fundamental right : not only because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity, but also because of the importance to an individual who has made religion a central tenet of his or her life of being able to communicate that belief to others »¹⁵⁸⁴.

Ici, la préservation et la promotion du pluralisme sont présentées comme des prérequis à la protection du droit de l'individu à sa liberté de religion et à l'expression de cette liberté. Cette décision n'est pas sans rappeler l'affaire canadienne *R. c. N.S.* dans laquelle la Cour suprême du Canada avait été saisie de la question de savoir si un témoin à un procès pénal pouvait porter le *niqab* lors de son audition¹⁵⁸⁵. Dans le contexte d'un État multiculturaliste, la notion de pluralisme n'apparaît pas dans la motivation de cette décision. Certes, il est parfois fait référence à la « dé-

¹⁵⁸¹ La Cour avait déjà considéré, sur le fondement de l'article 11 de la Convention, que « l'intégrité territoriale, la sécurité nationale et l'ordre public ne seraient pas menacés par le fonctionnement d'une association dont le but est de favoriser la culture d'une région, à supposer même qu'elle visât aussi partiellement la promotion de la culture d'une minorité ; l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une "société démocratique" devrait tolérer, voire protéger et soutenir selon des principes du droit international » ; Cour EDH, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juil. 1990, req. n° 26695/95, § 41. Cet argument avait ensuite été repris, toujours sous l'angle de l'article 11, mais envisagé cette fois comme une *lex specialis* par rapport aux droits garantis par les articles 9 et 10 également invoqués : Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008, req. n° 26698/05, § 51.

¹⁵⁸² C. PICHERAL, « Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 295 (voir p. 311).

¹⁵⁸³ *Ibid.*, p. 298.

¹⁵⁸⁴ Cour EDH, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, 5 déc. 2017, req. n° 57792/15, § 41 (nous soulignons).

¹⁵⁸⁵ CSC, *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726.

mocratie contemporaine diversifiée » qu'est le Canada¹⁵⁸⁶, à la reconnaissance constitutionnelle du multiculturalisme et à son sens dans notre environnement démocratique¹⁵⁸⁷, mais les rapports entre pluralisme, société démocratique et liberté de religion ne sont pas mis en avant. On retiendra toutefois qu'il est concevable d'imaginer un parallèle entre le multiculturalisme canadien et la conception conventionnelle du pluralisme ainsi que l'organisation de sa préservation par les organes de la Convention EDH dans le contentieux des libertés culturelles, c'est-à-dire des *libertés individuelles à dimension groupale*. Parmi ces libertés, la liberté de religion se présente comme la plus typique, et certains juges canadiens, à l'instar du juge DICKSON, s'attachent à souligner que si la dimension collective de la liberté de religion est irréductible, cet aspect ne contribue pas pour autant à ériger ladite liberté en un droit de groupe¹⁵⁸⁸.

331. Finalement, le pluralisme s'impose et s'affirme comme une nécessité juridique tant du point de vue du droit européen des droits de l'Homme – où il jouit d'une dimension englobante s'adressant à l'individu et, par ricochet, au groupe – que du point de vue du droit constitutionnel français. En la matière, tout se passe comme si, par le truchement du pluralisme, les libertés constitutionnelles participaient « d'une forme de reconnaissance de normes religieuses »¹⁵⁸⁹ à partir du moment où l'on admet que le principe de laïcité « n'est pas négatif et conduit à la garantie d'un pluralisme confessionnel »¹⁵⁹⁰. Cette perspective, une forme de pluralisme républicain qui n'est pas sans rappeler le monisme intégratif romainien, assigne au pluralisme un rôle contradictoire et, du reste, complémentaire : celui de garantir la diversité dans l'unité. Le pluralisme se présente alors comme « la correction dans la sphère civile de l'uniformité étatique »¹⁵⁹¹. À l'échelle du droit européen des droits de l'Homme, le pluralisme joue un rôle similaire : lorsqu'il s'adresse aux États et à leur souveraineté, il est garant de l'unité ; valorisé en substance, il se fait le gardien de la diversité. Cette double casquette rejoint le postulat du courant personnaliste, et notamment celui d'Emmanuel MOUNIER, qui considère que l'organisation collective de la société doit refléter la complexité de la personne et garantir la proximité entre l'être collectif et l'être individuel¹⁵⁹². Dans un paysage pluraliste, il est alors de la responsabilité de l'État de donner à chaque individu la pos-

¹⁵⁸⁶ Cf. les motifs du juge LEBEL sous l'arrêt CSC, R. c. N.S., 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, spéc. § 60.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.* § 61 et § 72.

¹⁵⁸⁸ CSC, R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295.

¹⁵⁸⁹ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 168, n° 267.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 168, n° 267.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 165, n° 264.

¹⁵⁹² Cf. E. MOUNIER, « Manifeste au service du personnalisme », in *Écrits sur le personnalisme*, Seuil, 2000 évoqué par D. SOLDINI, « Santi Romano : penseur pluraliste et étatiste », *Juspoliticum*, juin 2015, n° 14.

sibilité de pouvoir s'identifier à lui¹⁵⁹³, ce qui passe selon nous par l'affirmation explicite du respect des particularismes individuels, y compris religieux, et donc par une reconnaissance assumée du pluralisme.

332. Notion plurielle, le pluralisme se présente comme une nécessité juridique étroitement liée aux recompositions paradigmatiques postmodernes. Ces évolutions, à la fois sociologiques et théoriques, traduisent une ouverture du juridique au traitement de la diversité et par conséquent au pluralisme. Elles acquièrent un écho particulier dans le domaine de la liberté de religion, tant du point de vue de la reconnaissance des normes religieuses que dans la protection de leur expression. Envisagé dans le cadre du raisonnement judiciaire et précisé dans le contentieux des convictions religieuses, l'ouverture au pluralisme pourrait ainsi être organisée selon des modalités particulières qu'il convient d'éclaircir (II).

II. LES MODALITES DU PLURALISME

333. Un système moniste, une méthodologie pluraliste. Introduire une notion juridique de « convictions religieuses » dans le raisonnement judiciaire et dans la méthodologie juridique est une chose qui peut ne pas laisser de marbre. À l'aune des débats induits par les théories postmodernes du droit, les convictions religieuses, interprétées comme le volet subjectif de la liberté de religion pourraient en effet être analysées comme le catalyseur de normativités non-étatiques concurrentes, et comme le transmetteur du pluralisme juridique en France. Ce pluralisme juridique aurait ceci de particulier qu'il ne serait pas le produit d'une autorité institutionnalisée ou le résultat d'une norme sociale. Il est pourtant possible, si ce n'est nécessaire, d'intégrer un équilibre qui permettrait d'assurer la combinaison plutôt que la confrontation entre unité et pluralité¹⁵⁹⁴. On envisagerait le pluralisme comme « la garantie de la diversité dans le respect d'un cadre commun »¹⁵⁹⁵, où le juge constituerait l'entité d'harmonisation de la juxtaposition des cadres d'autonomie de l'individu au sein d'un même ordre juridique : celui de l'État. Le pluralisme ne concernerait alors – à juste titre – que les différences *voulues* et non pas les différences *subies*¹⁵⁹⁶. La prise en compte des convictions religieuses s'envisage en ce sens selon un modèle dans lequel

¹⁵⁹³ Cf. T. RAMBAUD, « La responsabilité de l'État dans la formation des cadres religieux », in *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Orléans, 17-18 juin 2014, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=VRJWcVC6NIY>>.

¹⁵⁹⁴ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Pluralisme et unité », in *Droit et pluralisme*, sous la dir. de L. FONTAINE, Bruylant, 2007, p. 105.

¹⁵⁹⁵ M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in *Droit et pluralisme*, sous la dir. de L. FONTAINE, Bruylant, 2007, p. 371.

¹⁵⁹⁶ Sur cette réorientation autour du consentement, v. R. OGIEN, *La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale*, La musardine, 2007. Le raisonnement est construit autour du champ particulier des pratiques sexuelles mais se prête à d'autres formes d'offenses, et l'on pense notamment aux irritations générées par certains comportements religieux ou certains discours anti-religieux.

les théories pluralistes du droit interviennent moins comme une transition paradigmatique que comme une « base méthodologique », comme une « plateforme *sui generis* pour une nouvelle vision des problèmes liés au droit dans toute la diversité de ses formes culturelles »¹⁵⁹⁷. Dans cette perspective, l'enjeu est de construire une méthodologie juridique de prise en considération de la complexité identitaire sans passer par les droits collectifs. La théorie du pluralisme juridique radical y est mobilisée comme un prisme méthodologique (A) destiné à servir une conception du « vivre ensemble » ontologiquement fondée sur une acception particulière du pluralisme : le pluralisme compréhensif (B).

A. La théorie du pluralisme juridique radical comme prisme méthodologique

« Ce ne sont pas seulement les sociétés, mais les personnes qui sont multiculturelles »¹⁵⁹⁸.

334. Le pluralisme juridique radical, vers l'individu comme foyer autonome de droit¹⁵⁹⁹.

En ancrant la réalité du droit dans la pluralité de systèmes autoréférentiels, la théorie du pluralisme juridique radical permet de voir dans le sujet de droits un sujet actif qui *confectionne* le droit qui lui est applicable¹⁶⁰⁰. Dans cette perspective, l'individu peut, explique Anne SARIS, « dépecer à loisir les ordres normatifs auxquels il se rattache, pour en invoquer certains éléments, et non d'autres, devant le juge civil par exemple »¹⁶⁰¹ ; il peut, consciemment ou inconsciemment, choisir la règle à laquelle il se pliera et résoudre lui-même le conflit qui agite sa conscience¹⁶⁰², étant entendu qu'il est susceptible de choisir le droit de l'État (force est de constater d'ailleurs, avec

¹⁵⁹⁷ H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135 (voir p. 171).

¹⁵⁹⁸ M. WIEVIORKA, « Le multiculturalisme est-il une réponse ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1998, p. 233. R. MACDONALD évoquera quant à lui un « fédéralisme kaléidoscopique », c'est-à-dire un fédéralisme interne au sujet de droit (R. A. MACDONALD, « Kaleidoscopic Federalism », in *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAUULT-DESBIENS et F. GÉLINAS, Bruylant & Éd. Yvon Blais, 2005, p. 261). À cet égard, la métaphore de « l'hydre à plusieurs têtes » utilisée par G. TEUBNER pour décrire l'idée classique de la « personne juridique » de l'État serait transposable à l'individu en tant qu'expression normative (G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, LGDJ-Kluwer, 1994, p. 267s.).

¹⁵⁹⁹ L'expression « foyer autonome de droit » est empruntée à C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 81, n° 110.

¹⁶⁰⁰ V. R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDU*, 2002, n° 33, p. 135.

¹⁶⁰¹ A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005], p. 10.

¹⁶⁰² Ce qui correspond à ce que l'on appelle le *forum shopping*, c'est-à-dire le fait pour l'individu d'utiliser « les juridictions ou les statuts juridiques qui lui paraissent les plus appropriés à ses nécessités du moment (renonciation, maintien du statut personnel, ou même retour à ce dernier [...]) », cf. N. ROULAND, « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 4, spéc. p. 5.

Jacques VANDERLINDEN, « qu'un grand nombre, si ce n'est la majorité des rapports sociaux sont gouvernés par le droit de l'État, dans la mesure où celui-ci s'impose comme une évidence aux sujets de droit, de manière plus ou moins consciente »¹⁶⁰³ ; de la même manière, il peut piocher de ça, de là, des formes de normativités issues d'ordres juridiques différents et les combiner, les altérer, les remodeler. Son for intérieur constitue alors un lieu privilégié de production du droit¹⁶⁰⁴. Selon cette théorie, l'ordre juridique s'entendrait comme pouvant être constitué par les pratiques et les croyances du sujet ; sujet qui, lui-même, « est inévitablement multiple » en raison de son vécu personnel¹⁶⁰⁵.

335. Cette forme de pluralisme juridique pourrait sembler adéquate à fonder l'introduction dans la méthodologie juridique française d'une notion de « convictions religieuses ». Parce qu'elle place l'individu au cœur de la production de la norme, elle permet à la dimension normative d'une conviction religieuse de recevoir un écho en droit et, par ricochet, une protection franche et non équivoque *sans référence à l'appartenance religieuse*. Elle ouvre la possibilité d'une réception juridique des réalités plurielles animant l'individu et la société en matière religieuse et culturelle, tout en respectant son individualité.

336. Mais elle pose un problème à la fois symbolique et théorique. *Symbolique* d'abord, car force est de constater que l'adjectif « radical » n'éveille principalement que des sentiments d'inquiétude. Plutôt que de renvoyer – comme c'est pourtant son origine dans la théorie du pluralisme juridique radical – à l'idée de « racines »¹⁶⁰⁶ et de voir en l'individu une source primaire de normativité, l'adjectif résonne tristement avec des réalités bien différentes : l'excès, le raidissement dans l'excès, le terrorisme, le danger. Alors invoquer une théorie du pluralisme juridique radical au soutien de la défense et de la promotion d'une protection effective de la liberté de religion semble être un pari risqué. Le problème est aussi *théorique* puisqu'en tendant à reconnaître toutes les formes de normativité, la conception radicale du pluralisme juridique contribuerait à la concrétisation du panjuridisme¹⁶⁰⁷. Le panjuridisme, vigoureusement critiqué par le doyen CARBONNIER qui écrivait symboliquement qu'il « y a plutôt trop de droit »¹⁶⁰⁸, reflète les errements d'une théorie juridique qui verrait du droit partout. À sa racine, la thèse selon laquelle les faits normatifs

¹⁶⁰³ J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013, p. 363.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 373.

¹⁶⁰⁵ R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *op. cit.*

¹⁶⁰⁶ Comme le précise un auteur : « ce pluralisme juridique est au premier chef radical en ce qu'il est résolument tourné vers les racines, vers la nature et les principes de normativité » (S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, [th. : Université McGill (Montréal, Canada) : 2002], p. 75.

¹⁶⁰⁷ En ce sens, B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017, p. 78.

¹⁶⁰⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 20.

peuvent s'analyser en des représentations subjectives et individuelles, était d'ailleurs sujette à controverse. Georges GURVITCH considérait cette perspective trop imprégnée de psychologie et d'un subjectivisme incohérent en raison de la dimension sociale des faits normatifs. Ces derniers s'incarneraient, rappelait-il, dans des « autorités qualifiées, reconnues dans un milieu social donné et effectivement efficient en lui, c'est-à-dire ayant la capacité de motiver la conduite du groupe »¹⁶⁰⁹. D'aucuns encore dénoncent une conception du Droit devenu « l'expression de préférences purement personnelles, voire même de coups de force individuels »¹⁶¹⁰ ainsi que le risque de « dissolution des concepts de système juridique ou d'ordre juridique » qu'engrange une théorie radicale du pluralisme. Celle-ci se ferait le vecteur d'un « individualisme forcené qui devient destructeur du lien social »¹⁶¹¹. Or, comme l'indiquait Jacques VANDERLINDEN en 1993, il « n'est pas question de nier en quoi que ce soit le caractère essentiellement sociétal du droit » mais, en l'occurrence, d'adopter un point de vue différent, un autre « angle d'attaque ou d'approche du phénomène »¹⁶¹².

337. La mobilisation du pluralisme juridique radical au service de l'appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires. Ainsi que nous l'avons exposé en première partie de ce travail, la dimension *non collective* de la liberté de religion s'incarne dans la notion de « conviction religieuse », notion qui s'impose alors comme une réponse juridique individualisée à la diversité culturelle et religieuse. Cette lecture individualisée serait la bienvenue : en effet, « [l]a France a toujours soutenu une conception relativement cohérente qui reconnaissait des droits culturels, de toutes sortes, dès lors qu'ils étaient assortis d'une perspective individuelle »¹⁶¹³. En ce sens, la pensée pluraliste du XXI^e siècle pourrait être mobilisée moins sur la critique du monopole étatique dans la production du droit que sur « la signification de l'identité, de la citoyenneté, et des différences au sein d'un cadre étatique »¹⁶¹⁴. Le pluralisme juridique radical serait alors conçu comme un outil de compréhension du pluralisme moral généré par la postmodernité, et, en ce qui nous concerne, par la subjectivisation de la liberté de religion. Certes, cela reviendrait pour l'État français à reconnaître en son sein des sources de droit dont il n'est pas l'auteur, et donc à ad-

¹⁶⁰⁹ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 165. V. aussi G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, p. 71 ; pour l'auteur, le droit est créé par les forces sociales.

¹⁶¹⁰ J. WEBBER, « Commentaire sur la nature du droit et le rôle du pouvoir », in *Théories et émergence du droit*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al., Thémis & Bruylant, 1998, p. 191

¹⁶¹¹ E. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in *Théories et émergence du droit*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al., Thémis-Bruylant, 1998, p. 29.

¹⁶¹² J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ Droit prospectif*, 1993, n° 2, p. 573.

¹⁶¹³ L. SERMET, « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 201, spéc. p. 205.

¹⁶¹⁴ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 37.

mettre une forme de pluralisme juridique. Cependant, il ne s'agirait pas non plus de remettre totalement en cause le paradigme classique des sources du droit : cette reconnaissance n'interviendrait que dans des domaines spécifiques – la détermination du champ d'application des libertés philosophiquement fondées sur l'autonomie de l'individu – ; sa portée ne dépasserait pas celle du cas particulier puisque son appréciation serait soumise à l'interprétation du juge ; enfin, son contenu matériel ne serait pas évalué, conformément au principe de laïcité.

338. Transition. Ce détachement envers une vision hiérarchique et statocentrique de l'internormativité requiert que l'on passe d'un modèle de l'ordre imposé à celui d'un « ordre négocié », c'est-à-dire à une coopération réciproque des ordres juridiques qui reposerait sur la *construction* d'un « en commun », condition du vivre ensemble¹⁶¹⁵. Ce modèle embrasserait les caractéristiques d'une autre théorie du pluralisme : le *pluralisme compréhensif* (B).

B. Le pluralisme compréhensif comme fondement du « vivre ensemble »

« Comment en effet, dans le cadre d'un universalisme dont, pour d'aussi graves raisons, il faut de toute évidence maintenir l'exigence, intégrer la part de vérité qui revient à la perspective selon laquelle un sujet, individuel ou collectif, ne se constitue comme tel qu'en référence à son identité ou à des identités dont sa conscience se raconte le récit ? »¹⁶¹⁶.

339. Le pluralisme compréhensif est une théorie doctrinale développée par le Professeur américain Michel ROSENFELD à la fin des années quatre-vingt-dix¹⁶¹⁷. S'appuyant sur des auteurs tels que SPINOZA, KANT, HEGEL, RAWLS, DERRIDA, Jürgen HABERMAS ou encore DWORKIN, et partant du constat selon lequel il existe au sein de nos sociétés un pluralisme de fait qui se traduit par la coexistence de multiples conceptions du bien, l'auteur a proposé de transformer « le pluralisme de la société post-moderne, auquel on ne peut pas échapper, en principe normatif directeur »¹⁶¹⁸. Si la théorie du pluralisme compréhensif se présente comme une alternative aux théories monistes et au relativisme postmoderne, c'est toutefois dans une dimension téléologique

¹⁶¹⁵ M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, 2018, n° 6, p. 59 ; C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75.

¹⁶¹⁶ A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009, p. 218.

¹⁶¹⁷ M. ROSENFELD, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, University of California Press, 1998. Les développements subséquents seront fondés sur la traduction française de l'ouvrage : M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, traduit par G. WARLAND, Bruylant-LGDJ, 2000.

¹⁶¹⁸ M. ROSENFELD, *Les interprétations justes, op. cit.*, p. 14.

qu'elle pourrait permettre d'orienter la conception française du « vivre ensemble » (1), voire de permettre une ouverture au multiculturalisme libéral (2).

1. Le pluralisme compréhensif comme orientation téléologique du « vivre ensemble »

340. Le pluralisme compréhensif « permet de lancer une double attaque contre la hiérarchie et l'exclusion »¹⁶¹⁹ ; il « nourrit [...] l'espoir de réaliser un progrès et d'arriver à des voies de réconciliation entre le moi et l'autre à la fois meilleures et plus enrichissantes pour l'un comme pour l'autre »¹⁶²⁰ ; il implique un engagement normatif pour l'égalité entre le moi et l'autre qui passe nécessairement par « la reconnaissance de l'autre comme un autre moi », ce que Michel ROSENFELD décrit sous le terme de *réciprocité simple*¹⁶²¹. Ce que le pluralisme compréhensif vise ainsi, c'est la réalisation d'une coexistence pacifique au sein des sociétés étatiques ; une coexistence pacifique qui reposerait sur une démarche intersubjective et dialogique plutôt que monologique, une démarche également ouverte aux communautés puisqu'elle tient compte « de tous les individus et de toutes les communautés qui forment la communauté politique »¹⁶²². L'élaboration de cette démarche dialogique repose donc sur deux présupposés : la possibilité d'un dialogue entre les différentes conceptions du bien ainsi que la prise de conscience des précompréhensions afférentes à ces conceptions¹⁶²³. Comme l'indique en effet Michel ROSENFELD, « je ne peux pas adopter la perspective du pluralisme compréhensif avant d'avoir pris un peu de distance par rapport à mes croyances fondées dans la communauté à laquelle j'appartiens »¹⁶²⁴. La réciprocité simple s'enrichit alors d'une autre forme de réciprocité, d'une réciprocité *réversible* qui « exige la reconnaissance et une empathie pour *la perspective de l'autre* »¹⁶²⁵.

341. Une théorie de promotion du dialogue. En ce qu'elle valorise la réciprocité, la théorie du pluralisme compréhensif semble avoir inspiré une théorie proche, le « pluralisme de coordination », qui, sous la plume de Gislain OTIS, repose sur la recherche d'« un dialogue des cultures juridiques en présence »¹⁶²⁶ dans un contexte de globalisation. Cette vocation à rechercher le dialogue, puis le compromis, se présente souvent comme le remède, dans nos sociétés démocratiques, aux crispations sociales générées par les flux de population et les échanges culturels subsé-

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 160.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 162.

¹⁶²¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁶²² *Ibid.*, p. 163.

¹⁶²³ Sur la précompréhension, v. *supra* n° 52s.

¹⁶²⁴ M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, traduit par G. WARLAND, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 174.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 190 (nos italiques).

¹⁶²⁶ G. OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al., Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3 (voir p. 22).

quents. Elle s'oppose à une logique d'enfermement et de repli axiologique. En politique par exemple, c'est cette démarche que l'on retrouve dans l'intervention, à l'occasion d'un colloque portant sur la pluralité des cultures en 1987, du Président François MITTERRAND qui encourageait alors l'accueil de l'altérité culturelle et insistait sur l'importance de la compréhension des autres cultures, de leur admission, de la composition d'un « en commun » plutôt que d'enjoindre à l'assimilation¹⁶²⁷. À l'échelle du Conseil de l'Europe, la promotion du dialogue interculturel – y compris dans sa dimension religieuse – est reconnue comme contribuant à sa mission, essentielle, de « préserver et promouvoir les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit »¹⁶²⁸. À l'issue du Troisième Sommet des chefs d'État et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, les dirigeants des quarante-six États membres s'étaient ainsi accordés sur l'importance du dialogue interculturel et inter-religieux « comme moyen de promouvoir la prise de conscience, la compréhension, la réconciliation et la tolérance, de prévenir les conflits et d'assurer l'intégration et la cohésion de la société »¹⁶²⁹. Dans un *Livre Blanc sur le dialogue interculturel*, ce dernier fut défini comme « un échange de vues ouvert, respectueux et basé sur la compréhension mutuelle, entre des individus et des groupes qui ont des origines et un patrimoine ethnique, culturel, religieux et linguistique différents [...] »¹⁶³⁰. Le droit européen des droits de l'Homme, par son rayonnement et son étendue, s'insère également dans cette tendance. La Cour EDH insiste en effet régulièrement sur l'idée selon laquelle « le pluralisme et la démocratie doivent [...] se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis »¹⁶³¹.

342. Les sociétés démocratiques du XX^e siècle aborderaient-elles le pluralisme selon une démarche téléologique inspirée de la théorie du pluralisme compréhensif? Implicitement, les exemples suscités enjoignent à répondre de manière positive. Que l'on en juge avec pragmatisme : Michel ROSENFELD lui-même reconnaît que l'idéal final du pluralisme compréhensif est inatteignable. Il n'en demeure pas moins séduisant de par la direction qu'il indique :

« Conformément à cet idéal, le moi ne se fondrait pas dans l'autre, mais chacun deviendrait transparent à l'autre. Et le moi et l'autre créeraient et préserveraient de manière conjointe un cadre communautaire unifié et intégré dans lequel chaque moi pourrait librement inventer, développer et poursuivre une conception du bien »¹⁶³².

¹⁶²⁷ F. MITTERRAND, in *La pluralité des cultures*, fondation "France-Libertés", la Sorbonne, 18 mai 1987.

¹⁶²⁸ *Livre blanc sur le dialogue interculturel. "Vivre ensemble dans l'égalité"*, Conseil de l'Europe, 2008, p. 7.

¹⁶²⁹ V. le *Plan d'action fixant les tâches principales de l'Organisation pour les années à venir* qui avait été adopté à l'issue dudit Sommet.

¹⁶³⁰ *Livre blanc sur le dialogue interculturel. "Vivre ensemble dans l'égalité"*, Conseil de l'Europe, 2008, p. 10 (nous soulignons).

¹⁶³¹ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 128 ; Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05, § 62 ; Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabih c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 108.

¹⁶³² M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, traduit par G. WARLAND, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 175.

On perçoit immédiatement l'intérêt de la théorie du pluralisme compréhensif dans la construction d'un « vivre ensemble » ouvert à la diversité des conceptions et élaboré selon une approche négociée et bilatérale¹⁶³³. L'ouverture au dialogue interculturel doit en effet s'insérer dans le cadre d'une gestion démocratique de la diversité. Comme l'indiquait en ce sens le Conseil de l'Europe : « il convient à la fois d'éviter de canaliser abusivement le dialogue et d'empêcher qu'il ne soit détourné par des discours propageant la haine ou l'intolérance »¹⁶³⁴. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme ne manque pas de préciser que si le dialogue et l'esprit de compromis fondent le pluralisme et la démocratie, ils « impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique »¹⁶³⁵. Il n'en demeure pas moins que, pris en ce sens, le « vivre ensemble » ne suit plus une logique imposée, monologique et unilatérale, propre à chaque État. Il prend de la hauteur, se détache de « notre vivre ensemble »¹⁶³⁶ et d'une conception ethnologique de celui-ci. Il serait plus démocratique¹⁶³⁷. « Appréhendé comme une nécessité pour l'humanité et non plus comme la prérogative d'une nation », le vivre ensemble changerait de nature et pourrait ainsi être pensé comme « un droit d'intégration » c'est-à-dire comme impliquant un processus à double sens dans le respect à la fois du bien commun et du pluralisme¹⁶³⁸.

343. La valorisation de l'humain dans le procès. Dans le cadre du raisonnement judiciaire, l'adoption de cette perspective combinée au prisme du pluralisme juridique radical pourrait contribuer à humaniser le procès, à ré-humaniser des personnes déshumanisées par les actes qu'elles ont commis¹⁶³⁹ ou effacées derrière un « choc des cultures »¹⁶⁴⁰. Comme le souligne Michel ROSENFELD,

¹⁶³³ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75 (voir p. 95).

¹⁶³⁴ *Livre blanc sur le dialogue interculturel. "Vivre ensemble dans l'égalité"», préc., p. 37.*

¹⁶³⁵ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 128.

¹⁶³⁶ Selon l'expression employée par A. GERIN et E. RAOULT, *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Assemblée nationale, 26 janv. 2010, p. 14, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>> (nos italiques).

¹⁶³⁷ C. LE BRIS, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 97.

¹⁶³⁹ V. sur ce point, l'affaire Samira, aux yeux arrachés par son époux ayant appris qu'elle entretenait une relation adultère, relatée par A. WYVEKENS, « La justice et la "diversité culturelle" "les yeux grand fermés" ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 123 (voir p. 139). Dans cet article, l'auteure aborde de façon remarquable la question de la diversité culturelle et de sa gestion dans le procès pénal.

¹⁶⁴⁰ On pense aux décisions du Conseil d'État dans le contentieux de la nationalisation, où certaines décisions semblent davantage fondées sur un ressenti tiré du « choc des cultures » que de la considération pour le requérant dans toute sa culture et son humanité : CE, 11 avr. 2018, n° 412462 (défaut d'assimilation constitué par le refus de la requérante, de nationalité algérienne, de serrer la main du secrétaire général de la préfecture ainsi que celle d'un élu d'une commune du département lors de la cérémonie de naturalisation) ; CE, 27 juin 2008, n° 286798 (défaut d'assimilation constitué par une pratique radicale de la religion, « incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment [...] le principe d'égalité des sexes »).

« le point de focalisation du juge [dans la perspective du pluralisme compréhensif] se distingue de celui du sujet de droit. Néanmoins, leurs points de vue respectifs ne sont, en aucun cas, complètement séparés l'un de l'autre dans la mesure où le point de vue du dernier fait partie intégrante de la construction du point de vue du premier »¹⁶⁴¹.

Et dès lors,

« s'il veut réconcilier les positions respectives du moi et de l'autre, le juge doit développer la même attitude d'empathie pour les perspectives et les points de vue qui s'opposent. De façon idéale, après avoir accordé un poids égal à toutes les perspectives et à tous les points de vue impliqués, le juge résoudrait le conflit en harmonisant autant que possible le maximum d'éléments parmi ces perspectives et ces points de vue, et cela sans négliger l'importance accordée par chaque partie à sa position »¹⁶⁴².

Puisqu'il impose au sujet de droit d'expliquer pourquoi il est obligé de se conformer à une loi particulière¹⁶⁴³, on comprend que le mécanisme du pluralisme compréhensif repose sur le postulat de l'autonomie dudit sujet. Aussi, le pluralisme compréhensif semble-t-il voué à jouer principalement le domaine des droits et libertés fondamentaux construits sur le principe d'autonomie, ce qui est le cas de la liberté de religion. En ce sens, la bilatéralisation du vivre ensemble que suggère le pluralisme compréhensif participe de son orientation sur le consentement des individus, mais aussi d'une recomposition de la démocratie, une démocratie « continue », qui aurait « la société des individus » pour objet et où les droits fondamentaux constitueraient la nouvelle identité commune¹⁶⁴⁴. Quant aux valeurs de la République, souvent brandies comme un bouclier aux questions culturelles, il ne s'agirait plus de les envisager dans une acception défensive c'est-à-dire comme un idéal d'universalité mis à l'épreuve par des revendications particulières¹⁶⁴⁵. La logique négociée que propose la théorie du pluralisme compréhensif permettrait davantage, selon Mathilde PHILIP-GAY, de faire valoir une acceptation pédagogique des valeurs républicaines dont la diffusion passerait par l'explication et l'enseignement¹⁶⁴⁶.

344. La perspective du pluralisme compréhensif contribuerait ainsi à fonder une méthodologie judiciaire de protection de la liberté de religion davantage disposée à prendre en considération les

¹⁶⁴¹ M. ROSENFELD, *Les interprétations justes*, traduit par G. WARLAND, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 184 (nos italiques).

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 184.

¹⁶⁴⁴ Cf. D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *laviesidesidees.fr* (19 sept. 2008), p. 6, en ligne : <<http://www.laviesidesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>> ; pour un regard critique sur l'évolution de la notion de démocratie et sur la fondamentalisation du droit, v. tout particulièrement F. CHÉNEDÉ, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Deffrénois, 2012, p. 139.

¹⁶⁴⁵ *Faire connaître les valeurs de la République*, La Documentation française, Haut Conseil à l'Intégration, 2009, p. 30.

¹⁶⁴⁶ M. PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, 2018, n° 6, p. 59. Le problème de cette distinction est qu'elle demeure dans une logique d'imposition des valeurs républicaines, par l'enseignement. Bien que l'auteure insiste sur l'aspect pédagogique, on pourrait regretter qu'il soit fait référence à l'idée de « diffusion », laquelle suggère une supériorité axiologique des valeurs républicaines sur les valeurs coutumières (en l'occurrence celles de Mayotte). Peut-être serait-il plus adéquat de parler d'échange mutuel.

intersubjectivités pour mieux vivre ensemble. En ce sens, elle peut laisser penser à une ouverture au multiculturalisme libéral (2).

2. Une ouverture au multiculturalisme libéral ?

345. L'ouverture au pluralisme selon la théorie du pluralisme compréhensif rappelle la politique multiculturaliste libérale canadienne qui fut menée à partir de 1971¹⁶⁴⁷. Lancée comme une politique d'État, celle-ci a été décrite comme ayant pour but celui de « promouvoir un nouveau mode de vie présupposant une conception compréhensive du bien »¹⁶⁴⁸, ce qui correspond à l'éthique du pluralisme compréhensif. La conception canadienne se distingue effectivement du modèle traditionaliste du multiculturalisme, ce dernier étant « fondé sur le principe du relativisme culturel [où] chaque groupe doit être en mesure de pratiquer ses propres coutumes [...] qu'elles respectent ou non les principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie ». Le multiculturalisme libéral repose à l'inverse « sur le principe que tous les individus doivent être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et [culturelle] ainsi que sur le principe que tous les groupes doivent respecter les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie »¹⁶⁴⁹. La perspective du pluralisme compréhensif tendrait à rapprocher un modèle de gestion de la diversité religieuse et culturelle du modèle canadien.

346. De surcroît, un engouement pour la réception et la reconnaissance de la diversité *via* des politiques multiculturalistes se développe depuis quelques années. On a ainsi pu écrire que :

« Le multiculturalisme, qui inscrit dans ses prétentions l'éveil du particulier contre la normativité répressive de l'universel, figure comme une expression dorénavant universelle. L'internationalisation du débat multiculturel crée un

¹⁶⁴⁷ À l'initiative du Premier Ministre de l'époque, Pierre TRUDEAU, la politique fédérale du multiculturalisme a été adoptée pour des raisons principalement politiques. Elle constituait principalement une reconnaissance symbolique de la diversité culturelle plutôt qu'un changement substantiel de la politique du gouvernement (« La politique canadienne du multiculturalisme de 1971 », *Musée canadien de l'immigration du Quai 21*, en ligne : <<https://quai21.ca/recherche/histoire-d-immigration/la-politique-canadienne-du-multiculturalisme-de-1971>>).

Petit à petit, le multiculturalisme s'est imposé comme une valeur collective profondément ancrée dans la société canadienne (E. PARIS, « Canadians must never take multiculturalism for granted », *The Globe and Mail* (7 juil. 2016), en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/canadians-must-never-take-multiculturalism-for-granted/article30773630/>>, mis à jour le 16 mai 2018). Pour un retour sur la naissance, la formation et l'institutionnalisation de la politique multiculturaliste au Canada, v. M. DEWING, *Le multiculturalisme canadien*, Bibliothèque du Parlement, 2013, en ligne : <<http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2009-20-f.pdf>>.

¹⁶⁴⁸ S. TEMELINI, « Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada », in *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, sous la dir. de S. TIERNEY, University of British Columbia Press, 2007, p. 43 (voir p. 56).

¹⁶⁴⁹ W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique*, 2015, n° 1, vol. 9.

apparent paradoxe : la promotion du multiculturalisme s’accomplit via les institutions universalistes »¹⁶⁵⁰.

On le retrouve par exemple dans le *Rapport mondial sur le développement humain* consacré à *La liberté culturelle dans un monde diversifié*, publié en 2004 par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)¹⁶⁵¹, qui encourage fortement le développement du multiculturalisme.

347. Or, le terme fait bien souvent toujours figure de tabou dans notre système juridique¹⁶⁵², et ce en dépit de l’absence d’accord sur la définition même du multiculturalisme¹⁶⁵³ : en 2001, le Professeur néerlandais Jan Nederveen PIETERSE dénombrait quarante-sept types de multiculturalisme¹⁶⁵⁴. Nicolas BLANC souligne ainsi que si le droit canadien est vu, chez les juristes comparatistes français, comme un modèle de pluralisme, le regard français qui lui est porté conduit à une « reconstruction parallèle d’un antimodèle français ». Autrement dit, le pluralisme est intuitivement rejeté de l’organisation du système juridique français : la France ni ne se voit, ni n’est vue, comme une société pluraliste¹⁶⁵⁵. Il serait pourtant erroné de dire que la République lui est rétive¹⁶⁵⁶. En effet, la pensée républicaine se scinderait en trois variantes dans l’appréhension du multiculturalisme allant de la profonde hostilité d’un républicanisme dit « traditionnel » – qui voit notamment dans le multiculturalisme la suprématie du groupe sur l’individu –, au « républicanisme multiculturel » – qui rejette le monoculturalisme – en passant par une posture intermédiaire

¹⁶⁵⁰ D. PARSANOGLU, « Multiculturalisme(S) », *Socio-anthropologie*, 2004, 15.

¹⁶⁵¹ *Rapport mondial sur le développement humain. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Programme des Nations Unies pour le développement, 2004, en ligne : <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2004_fr.pdf>. Ce rapport est une publication indépendante, fruit d’une collaboration entre des consultants, des conseillers éminents et l’équipe du Rapport mondial sur le développement humain, réalisée pour le compte du PNUD et ne reflète pas nécessairement les opinions de celui-ci.

¹⁶⁵² J. WRIGHT et H. S. JONES, « A Pluralist History of France ? », in *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, sous la dir. de J. WRIGHT et H. S. JONES, Palgrav, Macmillan, 2012, p. 1 (voir p. 2). Sur l’attachement à l’unité et à l’indivisibilité de la République, v. *supra* n° 141s.

¹⁶⁵³ N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 226, n° 363 ; v. ég. A. GORDON et C. NEWFIELD, « Introduction », in *Mapping Multiculturalism*, sous la dir. de A. GORDON et C. NEWFIELD, University of Minnesota Press, 1996, p. 1 ; F. STANLEY, « Multiculturalism », in *A Dictionary of Cultural and Critical Theory*, sous la dir. de M. PAYNE, Oxford, 1996, p. 353 ; R. D. GRILLO, *Pluralism and the Politics of Difference. State, Culture and Ethnicity in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1998, p. 8.

¹⁶⁵⁴ J. N. PIETERSE, « The Case of Multiculturalism: Kaleidoscopic and Long-Term Views », *Social Identities*, 2001, n° 3, Vol. 7, p. 393. V. aussi S. MESURE et A. RENAUT, *Alter Ego, les paradoxes de l’identité démocratique*, Flammarion, 1999, p. 217s. ; ces auteurs distinguent deux formes de multiculturalisme selon les sources de diversité culturelles présentes au sein d’un État. « Il en résulte qu’un État pourra être dit “multiculturel” dans deux configurations différentes : il peut être “multiculturel” parce qu’il est “multinational”, au sens où il comporte des “minorités nationales” [au sens sociologique, *i.e.* des nations au sein d’une entité politique plus vaste] ; il peut aussi être “multiculturel” parce qu’il est “polyethnique”, au sens où il comporte des “minorités ethniques” [issues de l’immigration] » (p. 220).

¹⁶⁵⁵ M. WALZER, *On Toleration*, Yale University Press, 1997, p. 38.

¹⁶⁵⁶ En ce sens, N. BLANC, *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014], p. 15, n° 2 ; J. WRIGHT et H. S. JONES, « A Pluralist History of France ? », in *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, sous la dir. de J. WRIGHT et H. S. JONES, Palgrav, Macmillan, 2012, p. 1 (voir p. 3).

de « républicanisme modernisateur » cherchant à repenser le modèle français tout en demeurant dans le paradigme républicain¹⁶⁵⁷.

Par ailleurs, la République et ses valeurs pourraient certainement s'accommoder d'un multiculturalisme libéral à la canadienne en ce qu'il ne conduit pas à une forme de tyrannie des minorités qui porterait atteinte au principe d'égalité. En effet, comme l'indiquait le juge IACOBUCCI dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, au Canada, le respect des minorités, en l'occurrence des minorités religieuses, n'est pas un droit absolu autonome. Au contraire : à l'instar d'autres droits, « la liberté de religion existe dans une matrice d'autres droits attachés aux individus et d'égale importance ». En ce sens, le « respect des droits des minorités doit également coexister avec les valeurs sociétales essentielles à la constitution et au fonctionnement d'une société libre et démocratique »¹⁶⁵⁸.

348. Moins connu que le multiculturalisme, le pluralisme compréhensif pourrait être perçu comme bénéficiant de sa moindre renommée pour se faire le vecteur d'un tournant multiculturaliste dissimulé en France. Néanmoins, le recours au pluralisme compréhensif est limité, dans le cadre de cette étude, à *un champ*, celui des convictions religieuses, et à *une méthode*, celle du juge judiciaire. Il s'agit donc moins de renverser le paradigme républicain que d'introduire dans le raisonnement judiciaire des perspectives pluralistes qui non seulement s'insèrent dans le cadre d'une recomposition paradigmatique de la pensée juridique postmoderne, mais surtout qui sont mises au service de la protection d'une liberté fondamentale spécifique – la liberté de religion – dans le respect d'une particularité nationale incompressible – le principe de laïcité.

*

*

*

¹⁶⁵⁷ La distinction est de J. JENNINGS, « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism in Contemporary France », *British Journal of Political Science*, 2000, n° 4, Vol. 30, p. 575 ; sur cette question, v. aussi : J. LACROIX, « Communautarisme et pluralisme dans le débat français. Essai d'élucidation », *Éthique publique*, 2007, n° 1, vol. 9.

¹⁶⁵⁸ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 1 : « But respect for religious minorities is not a stand-alone absolute right; like other rights, freedom of religion exists in a matrix of other correspondingly important rights that attach to individuals. Respect for minority rights must also coexist alongside societal values that are central to the make-up and functioning of a free and democratic society » (notre traduction).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

349. La subjectivisation de la liberté de religion et le pluralisme compréhensif, des re-compositions épistémologiques nécessaires. L'étude de la liberté de religion et du pluralisme a révélé des évolutions épistémologiques qui dessinent une nouvelle façon d'aborder l'individu et son identité, la diversité et la pluralité. Aux États-Unis comme au Canada et en Europe, le prisme s'oriente de plus en plus autour de l'individu et de son vécu personnel, de son autonomie et de sa liberté de choix. Ces changements de perspective font d'ailleurs écho aux théories de l'égalité complexe, ces théories qui « délaissent le modèle de la société multiculturelle prôné par TAYLOR pour privilégier celui du sujet multiculturel, compatible avec les principes individualistes du libéralisme et les principes généralistes du républicanisme »¹⁶⁵⁹. Dans ce contexte, l'intérêt de reconnaître la nécessité de prendre en compte les convictions religieuses, s'il passe par l'admission d'une certaine forme de pluralisme juridique subjectif, permet ainsi d'éviter la *fongibilité* des individus dans des modèles. C'est au cœur de la reconnaissance de cette pluralité d'*êtres uniques*¹⁶⁶⁰, qui transcende les communautés et s'oriente sur l'individu, que se trouverait l'idée d'humanité. Elle se construirait alors sur la base de deux piliers structurants : la singularité de chacun et l'appartenance à une seule communauté, la communauté humaine¹⁶⁶¹. Sous cet angle, « l'humanité renvoie [...] à une qualité intrinsèque de l'être humain, présente en chaque individu singulier ; et si les droits de l'homme valent pour l'humanité entière, c'est parce qu'ils valent pour chacun des individus qui la composent »¹⁶⁶². Si la subjectivisation de la liberté de religion s'insère dans une refonte paradigmatique qui, à l'aune des droits de l'homme, place donc l'humanité en figure de l'universel, la prise en compte des convictions religieuses individuelles dans le raisonnement judiciaire constitue également, contrairement aux idées reçues, une possibilité théorique en droit français (**Chapitre 2**).

¹⁶⁵⁹ J.-M. DONEGANI, « Religion, Culture et Société », *Transversalités*, 2008, n° 1, Vol. 105, p. 107. Sur les théories de l'égalité complexe, v. W. KIMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford University Press, 1989 ; W. KIMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, 1995.

¹⁶⁶⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 211.

¹⁶⁶¹ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, 2 éd., Textuel, 2005, p. 101.

¹⁶⁶² D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 205.

350. Fondations. Les évolutions épistémologiques relatives à la liberté de religion et au pluralisme ont posé les premiers jalons d'une prise en compte expresse des convictions religieuses des individus dans le raisonnement judiciaire. Néanmoins, au constat de cette évolution devait succéder une incontournable interrogation : celle de sa faisabilité. Il fallait en effet se demander dans quelle mesure les convictions religieuses pouvaient-elles être prises en considération. Autrement dit, il était nécessaire de poser les fondations d'une telle prise en compte. À ce titre, le principe de laïcité, et notamment lorsqu'il touche au juge judiciaire et à sa pratique professionnelle, s'est rapidement présenté moins comme une limite que comme un encadrement déontologique à la pénétration et à la prise en compte des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire (**Section 1**). En outre, cette pénétration, ainsi que la subjectivisation de la liberté de religion qui l'accompagne, représente une clarification méthodologique indispensable : ainsi entendue, elle se distingue d'autant mieux du droit de la discrimination (**Section 2**).

SECTION I – UN ENCADREMENT DEONTOLOGIQUE : LA LAÏCITE DU RAISONNEMENT JUDICIAIRE

351. La laïcité du service public de la justice. Parce que le service public de la justice est un service laïque, les convictions religieuses ne doivent pas entraver son fonctionnement quotidien. Ce caractère laïque ne signifie toutefois pas qu'il doit être indifférent aux convictions religieuses des parties ; bien au contraire : il ne saurait l'être. C'est d'ailleurs pour cette raison que le principe de laïcité n'interdit pas aux justiciables de se présenter dans les palais de justice vêtus de signes religieux. En revanche, la limite se trouve dans le bon fonctionnement des prétoires : « tout est question d'équilibre »¹⁶⁶³. Pour les juges, la laïcité fait en premier lieu office de principe directeur du raisonnement, d'obligation déontologique (**I**). Sa portée déontologique a d'ailleurs été forgée par la jurisprudence administrative au travers notamment de l'élaboration prétorienne du devoir de « stricte neutralité » des agents publics¹⁶⁶⁴. Mais elle doit aussi s'envisager comme une méthode de réalisation du vivre ensemble. Comme le souligne à ce titre le philosophe Jean-Philippe PIERRON,

« Si la laïcité est un code de civilisation, elle est aussi un cadre interprétatif au sein duquel apprendre à déchiffrer ensemble ce que peut signifier pour chacune et chacun, et pour toutes et tous, la protection de la liberté de conscience et de l'expression de ses convictions. La laïcité met en travail les identités, dans une forme d'herméneutique de soi, notamment celle des juges et des magistrats qui apprennent à se penser et à penser leurs activités de manière laïque »¹⁶⁶⁵.

En tant que méthode et cadre interprétatif, la laïcité a donc des implications fonctionnelles sur le raisonnement juridique des juges judiciaires (**II**).

I. LE RAYONNEMENT DEONTOLOGIQUE DU PRINCIPE DE LAÏCITE

« Bien juger exige de prendre l'exacte mesure du conflit potentiel entre les règles implicites qui gouvernent le procès et la règle de justice. [...] Le souci de bien juger n'intervient pas une fois qu'on a éliminé les considérations juridiques, économiques, sociales, psychologiques

¹⁶⁶³ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 33 éd., Dalloz, Précis, 2016, p. 533, n° 767.

¹⁶⁶⁴ E. UNTERMAIER-KERLÉO, « La portée déontologique du principe de laïcité pour les acteurs de la justice », *JCP A*, 2018, n° 27, p. 2202.

¹⁶⁶⁵ J.-P. PIERRON, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les Cahiers de la Justice*, 2018/3, p. 491 (voir p. 493).

ou culturelles. Il se dégage de la convergence de toutes ces données sous la visée du juste »¹⁶⁶⁶.

352. La mise en œuvre de la laïcité dans le processus décisionnel. De plus en plus, les acteurs de la justice témoignent de leur inconfort à appréhender le fait religieux dans le cadre de leurs fonctions. Cet inconfort tient à la mise en œuvre de la laïcité du service public de la justice, tout particulièrement quant à ses implications pratiques. Une étude dirigée par Mathilde PHILIP-GAY et dédiée précisément à la question de la laïcité dans la justice révèle ainsi qu'il en est fait une application irrégulière. Plusieurs interrogations y sont manifestées de façon récurrente, comme par exemple celle de savoir si la neutralité religieuse doit s'imposer aux avocats¹⁶⁶⁷, ou même aux justiciables¹⁶⁶⁸. De plus, l'enquête indique que, de façon générale, le fait religieux bénéficie d'une prise en compte contextuelle, en particulier par les juges de la famille et les juges pénaux. D'autres magistrats déclarent quant à eux ne pas prendre en considération le fait religieux au nom du principe de laïcité. Pourtant leur réponse élabore, sans le dire, une méthodologie à cette prise en compte. Comment expliquer ces ambiguïtés et incertitudes ? Si la protection de la liberté de religion n'est jamais remise en cause, c'est du côté de la neutralité que pourrait se trouver le problème racine (A). Aussi, la portée déontologique de la laïcité peut-elle se révéler dans deux obligations fondamentales du magistrat : son indépendance et son impartialité (B).

A. La laïcité de la Justice : une question de neutralité

353. Positionnement du problème. La neutralité issue du principe de laïcité touche le service public de la justice à plusieurs échelles : la neutralité des bâtiments de la justice, la neutralité des agents de la justice (pour ce qui nous intéresse, celle des magistrats) et la neutralité de la décision de justice. En tant que fonctionnaires du service public de la justice, les juges sont soumis à un « devoir déontologique de neutralité »¹⁶⁶⁹. La difficulté tiendrait alors à la délimitation pratique de cette obligation, et ce à deux niveaux. D'abord, car la neutralité du service public est surtout une

¹⁶⁶⁶ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, p. 308.

¹⁶⁶⁷ On se souvient de l'affaire de la toque portée par une avocate de Bobigny en juillet 2016, qui avait notamment conduit le Conseil national des barreaux à s'interroger sur l'opportunité de modifier le Règlement intérieur National de la profession d'avocat pour y introduire un principe de neutralité religieuse (sur l'affaire de Bobigny, v. A. PORTMANN, « Réglementation du costume d'audience : le casse-tête autour des signes religieux », *Dalloz actualité*, 7 déc. 2016 ; E. LE MIÈRE, « Le costume d'avocat est un symbole de l'unité de la profession », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 9, (propos recueillis par Laurence Garnerie) ; N. MATHEY, « Chronique de droit privé », *Société, droit et religion*, 2017/1, n° 7, p. 141, (v. sous "Religion et justice").

¹⁶⁶⁸ Certains magistrats témoignent de la gêne que génère le port d'un signe religieux par un justiciable au cours de l'audience. La plupart du temps, ce sont des vêtements religieux apparentés à la burqa et au niqab qui sont mentionnés (quand bien même il s'agirait d'un chador, d'une abaya, ou de tout autre vêtement ne dissimulant pas le visage et donc n'étant pas interdit par la loi de 2010) ; cf. M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019.

¹⁶⁶⁹ Cf. Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, 26 nov. 2015, req. n° 64846/11, spéc. § 25.

neutralité d'apparence : elle soumet le service public de la justice à l'interdiction d'afficher une quelconque orientation religieuse par des signes ou des symboles. Cette neutralité d'apparence, que l'on impose tant aux bâtiments qu'aux agents publics de la justice, symbolise leur indépendance vis-à-vis des Églises¹⁶⁷⁰ et entérine la séparation des Églises et de l'État. Elle s'impose évidemment au juge qui ne dispose pas du droit de manifester ses convictions dans l'exercice de ses fonctions. Ensuite, car la neutralité du service public de la justice exige du magistrat qu'il ne porte aucun jugement de valeur sur les croyances et les croyants. Pour éviter tout risque que ce jugement de valeur porte sur les convictions religieuses des justiciables, la réaction est de renforcer l'apparence neutre du jugement et donc d'en élaguer la dimension religieuse. À une époque où la neutralité religieuse envahit les débats, où elle se renforce dans les enceintes de justice¹⁶⁷¹, elle semble irradier les décisions de justice et conforter une logique d'abstention en matière religieuse : pour assurer la neutralité du fond, la forme prend des airs d'esquive¹⁶⁷². Cette « tyrannie de l'apparence »¹⁶⁷³, la distance et le malaise des tribunaux à l'endroit du religieux au nom de la neutralité de l'État laïque, doit-elle aller jusqu'à s'imposer à l'acte de juger ? Autrement dit, la forme doit-elle suppléer le fond ; voire, est-elle une garantie du fond ? Si on peine à imaginer que son application dans le cadre du prononcé de la décision de justice puisse exiger que soient ôtées de la motivation toutes les références au fait religieux, c'est pourtant ce qui pourrait expliquer la forte neutralisation du raisonnement que nous avons constaté dans la première partie de cette thèse. Le principe de laïcité, cette « forme française de la liberté religieuse »¹⁶⁷⁴, constitue la clef de voûte de l'interdépendance des piliers qui le composent : la neutralité, le pluralisme, et la liberté de religion. L'équilibre nécessaire au maintien de l'édifice requiert de penser chacun à l'aune des deux autres : ainsi, la neutralité ne se conçoit pas sans le pluralisme ni la liberté de religion ; plus encore, elle les sert.

354. Le problème racine réside dans une sorte de tyrannie de la neutralité à laquelle sont soumis les magistrats, et *in fine* dans le mot « neutralité » lui-même qui s'imbrique mal avec la fonc-

¹⁶⁷⁰ L'indépendance est en général considérée comme « la traduction institutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs » (D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262) ; en ce sens, elle concerne les rapports entre le pouvoir gouvernemental et le pouvoir judiciaire. Néanmoins, cette logique de séparation nous semble pouvoir être logiquement étendue aux rapports entre les églises et le service public de la justice.

¹⁶⁷¹ Cf. les confusions relatives à l'application d'une exigence de neutralité religieuse au nom de la laïcité à l'égard des avocats, voire des justiciables (v. sur ce point, M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, préc.).

¹⁶⁷² Selon le « tronc commun » des acceptions du « neutre » mis en exergue par R. BARTHÈS, *Le neutre. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Seuil, 2002 ; v. aussi A. LONGUET MARX, « Des paradoxes du neutre », *Communications*, 1996, n° 63, p. 175.

¹⁶⁷³ Selon l'expression de P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 627.

¹⁶⁷⁴ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n° 2, p. 329.

tion de juger. En effet, le jugement lui-même est une prise de position. « Juger » revêt, selon RICOEUR, plusieurs significations qui reviennent toutes à cette conclusion :

« D’abord, au sens faible, juger c’est opiner ; une opinion est exprimée, portant sur quelque chose. En un sens un peu plus fort, juger c’est estimer ; un élément hiérarchique est ainsi introduit, exprimant préférence, appréciation, approbation. Un troisième degré de force exprime la rencontre entre le côté subjectif et le côté objectif du jugement ; côté objectif : quelqu’un tient une proposition pour vraie, bonne, juste, légale ; côté subjectif : il y adhère. Enfin, à un niveau plus profond qui est celui où se tient Descartes dans la *Quatrième Méditation*, le jugement procède de la conjonction de l’entendement et de la volonté : l’entendement qui considère le vrai et le faux – la volonté qui décide. Nous avons ainsi atteint le sens fort du mot juger : non seulement opiner, estimer, tenir pour vrai, mais en dernier ressort prendre position »¹⁶⁷⁵.

Le doyen CARBONNIER soutient lui aussi que c’est bien un *jugement de valeur* qui donne son nom au jugement¹⁶⁷⁶ : la nature même des fonctions de juger impose aux magistrats qu’ils opèrent un tel jugement de valeur, à l’inaliénable condition toutefois que ce jugement ne *préexiste* pas à l’instance : il constituerait alors un *préjugé*. Or, si être neutre c’est ne pas prendre position dans un conflit¹⁶⁷⁷, le juge qui tranche le conflit *ne peut pas* être neutre. Quand bien même certains auteurs insistent sur le fait qu’en droit de la laïcité « la neutralité n’est pas passive »¹⁶⁷⁸, le sens commun du mot, qui renvoie davantage à l’idée d’abstention, peut prendre le pas sur sa portée juridique. Combiner en matière religieuse une double obligation, celle de juger et en même temps celle de ne pas juger, brouille l’équilibre à établir entre la fonction même du juge, qui lui impose de trancher, et le principe de laïcité qui lui interdirait de prendre parti en matière religieuse ; la neutralité génère des ambiguïtés pratiques dans la compréhension et la mise en œuvre de la laïcité du service public de la justice. Le principe de neutralité ne peut s’envisager uniquement comme un

¹⁶⁷⁵ M. FOESSEL et F. LAMOUCHE, *Anthologie Paul Ricoeur*, Seuil, 2007, p. 339.

¹⁶⁷⁶ J. CARBONNIER, *Introduction, Les personnes, la famille, l’enfant, le couple*, 1 éd., PUF, 2004, vol. 1, p. 19, n° 7. Chez certains philosophes, le jugement n’exprime qu’une réaction comportementale du juge, causée par des facteurs de prédisposition (l’éducation, l’environnement, etc.) combinés à ce qui est l’objet du jugement. Une valeur constituerait alors l’expression d’une telle émotion. Partant, le jugement de valeur (tels que les jugements du droit, de la religion ou de la morale) n’est pas scientifique mais son étude doit l’être. V. A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, 1929 ; A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d’une théorie réaliste du droit », in *Introduction à l’empirisme juridique*, sous la dir. de A. ROSS, LGDJ, 2004, p. 23. Pour C. PERELMAN, le raisonnement juridique a un caractère relatif : chaque situation implique, à l’image de la justice, la mise en balance de plusieurs solutions. Chacune se justifie par un certain nombre de « bonnes raisons » contrebalancées par les « bonnes raisons » de la solution inverse. Or, « c’est l’appréciation de la valeur de ces raisons [...] qui peut différer d’un individu à un autre, et qui souligne le caractère personnel de la décision prise » (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2 éd., Dalloz, 1979, p. 6). Sur cette théorie, v. E. MILLARD, « Positivismes logiques et réalistes juridiques : La dichotomie faits/valeurs en question », in *Analisi e Diritto*, sous la dir. de J.-Y. CHÉROT et E. MILLARD, Marcial Pons, 2009, p. 177.

¹⁶⁷⁷ TLFi, v. « neutre ».

¹⁶⁷⁸ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 72, n° 138.

principe d'abstention de la part de l'État, au risque de réduire la liberté de conscience à une « coquille vide »¹⁶⁷⁹.

355. Pour ce faire, pour ne pas mettre la liberté de côté, la neutralité de la décision de justice en matière religieuse devrait selon nous être interprétée à la lumière d'une exigence déontologique : l'impartialité de l'autorité judiciaire (**B**).

B. La traduction déontologique de la neutralité judiciaire : l'impartialité du juge

« L'impartialité, c'est la conscience du juge »¹⁶⁸⁰.

356. Interpréter la neutralité à la lumière de l'impartialité. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comme en doctrine, il arrive souvent que les deux termes soient associés, confondus ou conjugués. Parfois la neutralité du juge est définie comme son « attitude d'impartialité »¹⁶⁸¹, parfois c'est l'impartialité qui est décrite comme portant sur « tout ce qui peut affecter la neutralité » d'un juge¹⁶⁸². Dans le champ spécifique de l'article 9 de la Convention EDH, les deux termes forment un tout : pour la Cour de Strasbourg, la neutralité et l'impartialité sont à la fois un rôle – celui d'organiser l'exercice des diverses religions, cultes et croyances – et un devoir de l'État – celui de ne porter aucune appréciation quant à la légitimité des croyances religieuses¹⁶⁸³. L'article 1^{er} de la Constitution française de 1958 y est vu comme le fondement dudit « devoir de neutralité et d'impartialité de l'État »¹⁶⁸⁴ et le principe de neutralité des services publics comme la garantie de son caractère laïque ainsi que de la protection des usagers du service public « de tout risque d'influence ou de partialité, au nom de leur droit à la liberté

¹⁶⁷⁹ M. FROMONT, « Le principe de laïcité et la liberté religieuse en France », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur P. Pararas*, Bruylant, 2009, p. 230. V. en ce sens, J.-M. SAUVÉ, « Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français », *Contribution à l'étude collective réalisée à l'occasion du 15ème anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Liberte-de-conscience-et-liberte-religieuse-en-droit-public-francais>>, 11 oct. 2017.

¹⁶⁸⁰ S. ROZÈS, « Discours prononcé à l'Audience solennelle de début d'année judiciaire (6 janv. 1988) », *en ligne sur le site web de la Cour de cassation*.

¹⁶⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016, v. sous « neutralité ».

¹⁶⁸² C. GOYET, « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.*, 2001, p. 328, à propos de l'impartialité subjective.

¹⁶⁸³ V. par ex. Cour EDH [G.C.], *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 91 (spéc. § 94 en ce qui concerne le rôle) ; v. également Cour EDH, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99, spéc. § 116 pour le rôle d'organisateur neutre et impartial (on notera que dans cette affaire l'interdiction faite à l'État d'apprécier la légitimité des croyances religieuses ou de leur mode d'expression n'est pas placée sous l'angle de son devoir de neutralité et d'impartialité mais découle du droit à la liberté de religion au sens de la Convention EDH, v. § 117).

¹⁶⁸⁴ Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, 26 nov. 2015, req. n° 64846/11, § 50.

de conscience »¹⁶⁸⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme est même allée jusqu'à faire de l'impartialité une exigence découlant d'un principe français de « laïcité-neutralité » : amenée à statuer sur la neutralité religieuse imposée à une agente du service public hospitalier, elle jugea que ce principe constituait une *règle d'organisation* de l'État impliquant « *son impartialité* à l'égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité »¹⁶⁸⁶. Les interactions réciproques entre ces deux notions nous permettent d'envisager que la neutralité religieuse de l'acte de juger soit interprétée à la lumière de la notion d'impartialité, et non plus comme une abstention. Autrement dit, la neutralité ne devrait pas se substituer à l'impartialité, même en matière religieuse ; au contraire, loin d'être incompatibles, les deux notions ne devraient-elles pas fonctionner en tandem ?

357. L'impartialité de la décision de justice en matière religieuse : comprendre pour juger. Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, l'impartialité revêt une double nature rappelant les caractéristiques de la neutralité : elle est à la fois objective et subjective. Objective parce qu'elle porte sur le rôle du juge au cours de la procédure et qu'en la matière, « même les apparences peuvent revêtir de l'importance »¹⁶⁸⁷ ; subjective, en ce qu'elle concerne aussi l'impartialité personnelle, intérieure du magistrat¹⁶⁸⁸. Tantôt la forme, tantôt le fond... L'exigence d'impartialité tend à préserver l'objectivité du juge ; « attitude intellectuelle » d'« indépendance d'esprit »¹⁶⁸⁹, elle constitue, avec l'indépendance du tribunal, « le verrou singulier d'une démarche objective et désintéressée » du juge¹⁶⁹⁰.

En ce sens, l'impartialité s'oppose au *préjugé*¹⁶⁹¹. Communément défini comme une opinion préconçue et adoptée sans examen, le préjugé, écrit Véronique MAGNIER, est « le résultat d'un jugement opéré sans que son auteur ait pu avoir tous les éléments nécessaires à ce jugement. C'est un jugement porté prématurément. Le préjugé appartient au domaine de la conjecture, de

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, § 63.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, § 67 (nous soulignons).

¹⁶⁸⁷ Cour EDH [plén.], *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, § 48.

¹⁶⁸⁸ La Cour EDH voit dans l'impartialité subjective du juge son absence de parti pris (Cour EDH [plén.], *Hauschildt c. Danemark*, préc., § 47). De plus, il est de jurisprudence constante et bien établie que « l'impartialité personnelle du magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire » (Cour EDH [plén.], *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, req. n° 6878/75, 7238/75, § 58 ; Cour EDH [G.C.], *Micallef c. Malte*, 15 oct. 2009, req. n° 17056/06, § 94).

¹⁶⁸⁹ V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *JCP G*, 2000, n° 36, doct. 252, p. 1595, note sous Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, n° 97-16440.

¹⁶⁹⁰ D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262.

¹⁶⁹¹ Le point B.12 du *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, élaboré par le CSM et publié en 2010, indique que « L'impartialité, dans l'exercice de fonctions juridictionnelles, ne s'entend pas seulement d'une absence apparente de préjugés, mais aussi, plus fondamentalement, de l'absence réelle de parti pris. Elle exige que le magistrat, quelles que soient ses opinions, soit libre d'accueillir et de prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui » (nous soulignons).

l'opinion. Bref, de l'apparence »¹⁶⁹². Il est le contraire de l'ouverture d'esprit. Fondamentalement, le propre de l'exigence d'impartialité est, pour le juge, de *juger sans préjugés* et, subséquemment, *de rendre une décision visiblement dénuée de préjugés*. Cela suppose que tout élément susceptible de faire l'objet de préjugés – et il y a en la matière des sujets qui le sont plus que d'autres – doit pouvoir être examiné, compris et soumis à la discussion. Cela suppose aussi que des garanties procédurales, permettant à une partie de solliciter la récusation d'un juge qu'elle suspecterait de partialité ou permettant au juge lui-même de s'abstenir de statuer, existent¹⁶⁹³. Le bandeau qui couvre les yeux de la Justice ne symbolise pas une justice aveugle, mais la neutralité du juge à l'égard des parties, de leur identité et de l'affaire¹⁶⁹⁴...

Or, les questions religieuses sont certainement l'un des terrains de prédilection des préjugés. Tel a été le cas à propos des sectes¹⁶⁹⁵. Plus récemment, c'est aussi le cas des pratiques religieuses fondamentalistes, notamment lorsqu'elles sont associées à l'islam. Ces modes de vie, de comportement, d'organisation sociale font en effet l'objet d'un préjugé négatif qui s'explique en psychologie à la lumière du paradigme individualiste moderne. Comme l'expliquent Mary E. KITE et Bernard E. WHITLEY :

« Le lien entre l'individualisme et le préjugé est le stéréotype de groupe : les groupes qui sont stéréotypés comme se comportant d'une façon qui viole les principes de l'individualisme sont vus négativement »¹⁶⁹⁶.

Cela ne signifie pas toutefois que les personnes membres de ces groupements, ou adeptes de certaines pratiques fondamentalistes soient dépourvus de préjugés ; au contraire, « le fondamentalisme religieux en lui-même s'est révélé positivement corrélé à la fois au préjugé antigay et au préjugé racial »¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹² V. MAGNIER, *op. cit.*

¹⁶⁹³ Le Code de procédure civile français offre ces garanties respectivement aux articles 341 et 339. Quant aux critères de récusation, l'article 341 du CPC énonce une liste limitative des cas de récusation que la Cour de cassation a considéré comme n'épuisant « pas nécessairement les critères d'impartialité requise de toute juridiction » (Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998 ; D. 1998. 131). Aussi, le domaine dudit article est-il étendu par la possibilité d'invoquer l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (sur ce point, cf. B. BEIGNIER et C. BLÉRY, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », D., 2001, p. 2427). La Cour EDH exige de tout juge dont on puisse légitimement craindre un manque d'impartialité qu'il se déporte (Cour EDH [G.C.], *Micallef c. Malte*, préc., § 98) ; elle impose également aux tribunaux de répondre aux arguments soulevés au soutien d'une demande de récusation (Cour EDH, *Harabin c. Slovaquie*, 20 nov. 2012, req. n° 58688/11, § 136).

¹⁶⁹⁴ V. sur les symboles de la Justice, P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 74, n° 76.

¹⁶⁹⁵ On pense évidemment au commentaire de l'arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie* de la Cour EDH par le Professeur G. GONZALEZ, « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 2011, p. 199.

¹⁶⁹⁶ M. KITE et B. WHITLEY, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, traduit par T. ARCISZEWSKI, De Boeck, 2013, p. 275.

¹⁶⁹⁷ *Idem.* Le fondamentalisme religieux y est décrit comme un *trait psychologique* composé en partie du « RWA » (« l'autoritarisme de droite ») et d'une forte adhésion aux croyances religieuses orthodoxes. De même, des chercheurs en psychologie ont observé l'existence d'une corrélation entre l'adhésion à une orientation politique conservatrice et les préjugés. Comme le soulignent les auteurs, « le conservatisme n'est pas la cause du préjugé, mais en revanche, certaines personnes qui ont des préjugés utilisent le système de croyances conservatrices comme un moyen de justifier leurs préjugés ».

358. Finalement, l'un des premiers remèdes au préjugé est l'information : impartialité rimerait alors avec compréhension. Comme l'ont suggéré les travaux du philosophe Jean-Paul SARTRE sur l'imagination créatrice, « [l]e problème n'est pas nécessairement dans l'objet, mais dans la manière de l'appréhender puis de l'interpréter »¹⁶⁹⁸. Or, souligne le philosophe, « [l]'objet, quoiqu'il entre tout entier dans ma perception, ne m'est jamais donné que d'un côté à la fois. On connaît l'exemple du cube : je ne puis savoir que c'est un cube tant que je n'ai pas appréhendé ses six faces ; je puis à la rigueur en voir trois à la fois, mais jamais plus »¹⁶⁹⁹. Chacun dispose d'une compréhension différente de cet objet selon la manière avec laquelle on le perçoit, selon la face que l'on distingue. C'est pourquoi il est nécessaire d'appréhender successivement ces différentes faces, « de faire le tour des objets » pour les comprendre¹⁷⁰⁰. Cette méthodologie du cube cognitif a été élaborée et employée dans le cadre d'un *Programme de veille sur la radicalisation dans le monde*¹⁷⁰¹. Face à des situations aux données complexes, le recours à l'image du cube cognitif permettrait à l'expert de se distancer d'éventuels préjugés :

« En ayant conscience de cette diversité des conceptions, l'expert saura éviter les malentendus et les pièges faciles de la réflexion égocentrique et de l'interprétation ethnocentrique »¹⁷⁰².

Pour cette raison, et sans aller jusqu'à la mêler d'empathie ce qui pourrait être vu comme une brèche vers une justice d'équité¹⁷⁰³, la compréhension de l'élément religieux ne doit pas faire peur au magistrat¹⁷⁰⁴. Dans certaines matières, comme le domaine de l'assistance éducative, ce besoin de compréhension est d'ailleurs nécessaire : le juge des enfants qui se trouve face à un enfant en danger doit élaborer le meilleur diagnostic possible pour mettre fin à la situation de danger. Tous les éléments de la situation, y compris lorsqu'ils ont un caractère religieux, doivent pouvoir être

¹⁶⁹⁸ M. GUIDERE, « La veille stratégique sur le terrorisme. Une discipline au service de la justice internationale », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 31, p. 32.

¹⁶⁹⁹ J.-P. SARTRE, *L'imaginaire (1940)*, Gallimard, 1971, p. 22.

¹⁷⁰⁰ *Idem.*

¹⁷⁰¹ V. M. GUIDERE, *op. cit.*

¹⁷⁰² *Idem.*

¹⁷⁰³ Pourtant, on peut voir dans l'équité « l'une des plus radieuses formules de justice dont on ait, depuis la Grèce et Rome, illuminé l'espoir des sociétés humaines » (cf. H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD Civ.*, 1928, p. 365, spéc. p. 371).

¹⁷⁰⁴ Les notions d'impartialité et d'empathie sont-elle antinomiques ? À lire les critiques adressées à la féminisation de la magistrature, nous pourrions – à regret – penser que oui. Il a en effet été reproché aux femmes magistrats d'exercer leur profession avec empathie, à l'inverse des magistrats de sexe masculin qui incarneraient quant à eux une justice « asexuée, rigoureuse et impartiale » ; v. A. FILLOD-CHABAUD, « Les JAF sont-ils anti-papas ? », *Délibérée*, 2017, n° 2, p. 92 et M. CACOUAULT-BITAUD, « La féminisation d'une profession signifie-t-elle une baisse de prestige ? », *Travail, genre et sociétés*, 2001, n° 5.

étudiés¹⁷⁰⁵. « Le fait de connaître et de pouvoir intérioriser les angles d'observation de son objet d'étude permet d'enrichir les siens et de multiplier les pistes d'interprétation »¹⁷⁰⁶.

359. La compréhension de l'aspect religieux d'un litige constitue l'un des premiers remparts intrinsèques contre le préjugé, et donc contre une certaine forme de partialité. Évidemment, il ne se suffit pas à lui-même. La décision rendue doit à son tour revêtir les formes de l'impartialité. En ce sens, la laïcité comporte plusieurs implications fonctionnelles qu'il convient d'étudier **(II)**.

II. LES IMPLICATIONS FONCTIONNELLES DE LA LAÏCITE

« l'impartialité est un métier »¹⁷⁰⁷.

360. Impartialité et subjectivité. En matière religieuse, l'impartialité du juge s'interprète à la lumière du principe de laïcité. La jurisprudence a construit « trois digues » visant à circonscrire la notion d'impartialité : la première est le fait pour un juge d'avoir déjà pris position sur le problème de droit qui lui est soumis, la deuxième est le fait d'appartenir à un groupement prenant des positions sur des sujets de société et la troisième réside dans le fait d'avoir des opinions politiques ou syndicales connues des parties. Dans ces situations, la partialité du juge n'est pas remise en cause, ce qui signifie que la partialité n'est pas synonyme de subjectivité¹⁷⁰⁸. La subjectivité du juge n'est pas, *per se*, de nature à remettre en cause son impartialité. C'est d'ailleurs en sens que la Cour EDH a jugé que l'appartenance à la franc-maçonnerie d'un juge et d'une partie n'est pas, en soi et en l'absence d'éléments particuliers internes à l'objet du procès, de nature à faire douter de l'impartialité du tribunal¹⁷⁰⁹. De la même manière, la Cour de cassation a jugé que le caractère prévisible de la position du juge sur une question de droit donnée n'était pas non plus de nature à remettre en cause son impartialité¹⁷¹⁰. L'impartialité du juge peut alors être renforcée par trois mécanismes du raisonnement et de la procédure : l'argumentation **(A)**, la collégialité **(B)** et la motivation **(C)**.

A. Argumentation

¹⁷⁰⁵ V. sur cette question la métaphore utilisée par un juge des enfants pour décrire le médecin face à un enfant en danger, comme un médecin face à son patient ; in C. WURTZ, *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III], p. 19, n° 21.

¹⁷⁰⁶ F. BURGAT, *L'islamisme en face*, 2 éd., La Découverte, 2007, p. 11.

¹⁷⁰⁷ M. BONDUELLE et T. RENAULT, « De l'impartialité à la neutralité. Critique à deux voix d'un devoir dévoyé », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 21 (voir p. 24).

¹⁷⁰⁸ V. B. HUREL, « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 12.

¹⁷⁰⁹ Cour EDH [déc.], *Salaman c. Royaume-Uni*, 15 juin 2000, req. n° 43505/98.

¹⁷¹⁰ Cass. Civ. 2^e, 18 mai 2011, décision citée par B. HUREL, « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 12 (voir p. 20).

« À la nécessaire et froide neutralité, il faut joindre l'ardente impartialité. Nous entendons par là la capacité de sortir d'une abstention commode qui consiste à éviter les questions difficiles et les sujets qui fâchent »¹⁷¹¹.

361. L'argumentation pour pallier à l'irréductible précompréhension des magistrats.

Nous avons constaté¹⁷¹² que le juge – tributaire de sa propre histoire – possède *nécessairement* des précompréhensions inhérentes à l'environnement dans lequel il a évolué. Celles-ci constituent une donnée irréductible et insaisissable de son raisonnement. En ce sens, on pourrait même dire que le juge « travaille avec ses préjugés »¹⁷¹³. C'est pourquoi à défaut de pouvoir les annihiler le juge doit composer avec elles, ce qui suppose qu'il soit conscient de leur existence. Comme le souligne l'ancien Premier président de la Cour de cassation :

« Il ne sert à rien de proclamer son indépendance si l'on n'est pas lucide sur ses liens de dépendance. Ce n'est qu'après cette prise de conscience que l'on peut atteindre à l'impartialité en n'ayant aucun parti pris pour une partie. Au risque, toujours présent, de se tromper »¹⁷¹⁴.

Pour les juges, il ne s'agirait donc pas d'effacer leur propre subjectivité¹⁷¹⁵ : celle-ci est inhérente à la fonction de juger et ne constitue pas nécessairement un obstacle à leur impartialité. En revanche, elle doit être appréhendée comme une donnée de l'acte de juger. Dès lors que « le jugement judiciaire s'articule sur un jugement social préalable », la première exigence du bien juger, c'est, écrit Antoine GARAPON, « de formuler ce jugement implicite qui concurrence l'opération consciente, pour lui substituer une délibération »¹⁷¹⁶. L'impartialité personnelle du juge reposerait donc aussi sur sa capacité d'échanger grâce à une argumentation afin de donner pertinence aux faits qu'il examine¹⁷¹⁷. L'acceptation de ses précompréhensions par le juge permettrait l'évacuation de ses préjugés. Car en effet,

« Ce qui rend insupportable le préjugé, c'est quand le juge l'a conçu en dehors du débat judiciaire, sur la base d'éléments qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction »¹⁷¹⁸.

Le procès concrétiserait la rencontre de plusieurs subjectivités, y compris celle du juge, ce dernier pouvant argumenter autour de ses propositions, écouter les autres et devant s'autoriser la possibilité de changer d'opinion. La conscience du phénomène de précompréhension du juge accompa-

¹⁷¹¹ P. GAUDIN, « L'école entre respect de la liberté des élèves et projet émancipateur », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*, La Documentation française, 2016, p. 165 (voir p. 171).

¹⁷¹² V. *supra* n° 52s.

¹⁷¹³ V. les propos d'un procureur recueillis par C. DELMAS et P. GAUDIN in M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019.

¹⁷¹⁴ P. TRUCHE, *Juger, être jugé : le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, p. 28.

¹⁷¹⁵ Il ne resterait plus qu'à les remplacer par des ordinateurs.

¹⁷¹⁶ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, p. 311.

¹⁷¹⁷ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme », in *Le juge régulateur du fait religieux ou juger sans préjugé*, Colloque Strasbourg, 23 juin 2017.

¹⁷¹⁸ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 627.

generait le développement, cher à HABERMAS, d'une éthique de la discussion construite autour de l'intersubjectivité¹⁷¹⁹. Bien sur, cette ouverture à la discussion ne doit pas dépasser les limites du principe de neutralité du juge au sens du droit de la procédure civile. Corollaire du principe « dispositif », ce principe de neutralité interdit au juge, sous peine de commettre un excès de pouvoir, d'« élargir le cadre du procès tel qu'il est tracé par les parties » ou de « faire état d'éléments de fait non régulièrement introduits dans les débats »¹⁷²⁰. Elle ne doit pas non plus transgresser l'interdit, inhérent au principe de laïcité et de séparation des institutions publiques et des organisations religieuses, fait aux magistrats de manifester leurs croyances religieuses¹⁷²¹.

362. Or, une telle démarche, quoique visant à renforcer l'impartialité du juge, est-elle adaptable aux litiges à dimension religieuse ? En effet, les exigences d'indépendance et d'impartialité mettent l'accent sur « la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable »¹⁷²². Il est donc indispensable de s'interroger sur la question de savoir si le fait que les juges assument de débattre autour de l'élément religieux est de nature à mettre en confiance les justiciables. Le problème est qu'il est impossible d'apporter une réponse sans tomber dans une généralité grossière. Une double sécurité pourrait alors être trouvée à la lumière des objectifs poursuivis tant par les exigences d'impartialité et de neutralité religieuse des magistrats que par la garantie effective du droit à la liberté de religion ; elle se fonderait sur l'idée selon laquelle « ce qui fait l'acceptabilité d'une décision [...] ce n'est pas tant les valeurs que traduit son contenu, valeurs qui sont trop relatives, mais la procédure rationnelle et contradictoire qui y a mené »¹⁷²³. En ce sens, la collégialité de la décision constitue une garantie indispensable (**B**).

B. Collégialité

¹⁷¹⁹ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion* (1991), traduit par M. HUNYADI, Cerf, 1992. Pour un exemple de « conversation » entre juges d'appel et juges de cour suprême, v. l'arrêt *Amslem* de la Cour suprême du Canada (CSC, *Syndicat Northcrest c. Amslem*, 30 juin 2004 [2004] 2 R.C.S. 551). Pour C. JAMIN, un intérêt doit être porté non à la structure de la décision mais à son style : « Il est beaucoup plus libre que celui des arrêts de la Cour de cassation. Le jugement ne se présente évidemment pas sous la forme d'un syllogisme, mais plutôt sous celui d'une discussion ou d'un débat direct, franc, le plus souvent abordable par un public savant (qui ne se confond pas avec le public des seuls experts, et l'on sait qu'il faut être un grand expert pour comprendre les arrêts de la Cour de cassation française). Les opinions des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel y sont présentées longuement et réfutées le plus souvent avec un sens évident de la courtoisie. Comme je vous le disais, c'est une conversation entre juges qui se perçoivent comme des égaux » (C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Cin.*, 2015, p. 263).

¹⁷²⁰ H. MOTULSKY, « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP G*, 1966, I, p. 1996.

¹⁷²¹ L'art. 1 de la loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires rappelle que, dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire est tenu à une obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. A ce titre, il lui incombe de s'abstenir notamment « de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ».

¹⁷²² Cour EDH, *Remli c. France*, 23 avr. 1996, req. n° 16839/90, § 48.

¹⁷²³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., LGDJ, 2015, p. 88, n° 93.

363. La collégialité de la décision de justice, gage d'impartialité du processus décisionnel. La première sécurité résiderait dans la collégialité de la juridiction¹⁷²⁴. D'ailleurs, MONTESQUIEU avait déjà insisté sur l'importance de la réflexion collective pour nourrir la réflexion individuelle¹⁷²⁵ ; et comme le souligne Pierre TRUCHE :

« Les échanges, souvent riches, contribuent à l'approfondissement de la réflexion de chacun et à ce titre peuvent constituer des leçons d'humilité »¹⁷²⁶.

Cet intérêt pour l'échange doit aussi s'imposer dans le processus décisionnel judiciaire. La collégialité des décisions constituerait un élément supplémentaire de légitimation de la subjectivité du juge : résiduelle, puisque confrontée à d'autres subjectivités, elle serait également lissée par la collégialité de la formation de jugement. On trouve ici un postulat défendu en philosophie procédurale de la justice selon lequel le juge n'est pas en mesure de découvrir seul ce qu'imposent la justice et la bonne interprétation de la règle dans une affaire déterminée¹⁷²⁷. Puisqu'au contraire, le juste s'approche par la discussion transparente et raisonnée, par un dialogue qu'il appartient certes aux parties de nourrir mais au juge de trancher, on imagine sans peine l'intérêt du prolongement d'une éthique de la discussion au sein même du processus décisionnel. Cette perspective s'exprime de surcroît dans le constat des divergences d'opinions des différents juges saisis d'une même affaire. Telles que le démontrent les opinions séparées communiquées sous les décisions de certaines juridictions – on pense par exemple à la Cour européenne des droits de l'Homme –, deux juges ne rendront pas nécessairement la même décision dans une même affaire. Parfois, la composition de la formation de jugement s'avère cruciale¹⁷²⁸. En somme, la collégialité est défendue par une certaine partie de la doctrine comme gage de qualité, d'indépendance et d'impartialité

¹⁷²⁴ En France, le Code de l'organisation judiciaire ne contient pas de dispositions générales mais globalement c'est le principe de collégialité qui s'impose. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a refusé de voir dans la collégialité des juridictions un principe d'organisation juridictionnelle à valeur constitutionnelle (CC, déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*), ce qui pourrait expliquer le développement contemporain des juridictions à juge unique (déc. 2 févr. 1995).

¹⁷²⁵ La pensée du philosophe reflète que la solution la plus objective, la plus raisonnable et la plus équitable procède de la confrontation de points de vue contraires, du débat et de la délibération ; cf. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

¹⁷²⁶ P. TRUCHE, *Juger, être jugé : le magistrat face aux autres et à lui-même*, préc., p. 17.

¹⁷²⁷ Pour une synthèse de cette théorie, v. B. FRYDMAN et G. HAARSHER, *Philosophie du droit*, 3 éd., Dalloz, 2010, p. 94.

¹⁷²⁸ On pense par exemple à la composition des jurys de cours d'assises aux États-Unis. La couleur de peau des jurés est parfois susceptible de mener à des décisions antagonistes. La composition du jury peut ainsi faire l'objet d'une véritable bataille entre les avocats des parties. Ces stratégies ont été prégnantes dans la célèbre affaire *O.J. Simpson* – Los Angeles County Superior Court, *California vs. Simpson*, n° BA097211 (1995) – et admirablement mises en lumière dans la première saison de la série télévisée *American Crime Story* dédiée à l'affaire.

de la justice¹⁷²⁹. Elle garantirait des décisions plus réfléchies, davantage mûries et n'étant pas le fruit de préjugés personnels¹⁷³⁰.

364. Pourtant, le principe de collégialité fait débat et on assiste depuis le milieu des années soixante-dix à la multiplication des juges uniques. Quoiqu'elle puisse s'expliquer par des motifs budgétaires et par l'accroissement des flux contentieux, cette multiplication est, aux yeux de certains auteurs, aberrante dans un monde pluraliste¹⁷³¹. C'est-à-dire que face à un problème dont la complexité s'accroît, le nombre de sachants mandatés pour y répondre est restreint. Certains déclareront ironiquement que « de bonnes économies valent bien la peine de sacrifier quelques vieux principes »¹⁷³², mais le débat ne saurait être réduit à son seul aspect financier. En effet, d'aucuns voient dans le juge unique un gage de qualité de la justice s'expliquant par le fait qu'un juge unique est un juge *responsable* et que « si le prix à payer d'une justice incontestée parce qu'incontestable en raison de la qualité des jugements rendus, est le juge unique, alors il ne faut pas hésiter à l'instaurer en principe »¹⁷³³. L'argument est séduisant. Il est d'autant plus convaincant qu'à une époque où justice prédictive et justice dématérialisée se développent, la conscience des juges pourrait s'exporter au dehors de leur for intérieur, leurs positions personnelles étant susceptibles d'être identifiées puisqu'ils ne jouissent pas, en tant que juges uniques, de l'anonymat offert par la collégialité. La justice prédictive fait une place à toute une série d'éléments extrajuridiques tels que le profil des parties, celui du juge, l'environnement culturel ou social, ou les événements politiques concomitants par exemple (et pourquoi pas les attitudes physiques des parties à l'audience ?) qu'elle enregistre sous la forme de données numérisées. Un algorithme analyse ensuite ces données et pourrait mettre en exergue des manières de juger. On pourrait alors constater des disparités dans les jugements rendus par un même juge selon les convictions religieuses du justiciable ; on pourrait découvrir ses préférences religieuses ; on pourrait faire transparaître des jugements les opinions personnelles du juge, on pourrait déceler ses potentiels préjugés. Aussi, un juge pourrait-il tout à fait voir ses positions mises en exergues, voire dénoncées grâce aux outils de la justice prédictive. *In fine*, le développement de cette technologie, si elle s'accompagne de la multiplication engagée des procédures à juge unique, impliquerait le renforcement de

¹⁷²⁹ Pour certains auteurs, elle en est même le corollaire ; cf. M.-A. COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 4, vol. 68, p. 713.

¹⁷³⁰ Pour une synthèse des arguments en faveur de la collégialité, v. S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 14 éd., Dalloz, 2017, p. 258, n° 173-b).

¹⁷³¹ P. MARTENS, « Pour conclure », in *L'éthique des gens de justice*, dir. S. GABORIAU et H. PAULIAT, actes du colloque des 19-20 oct. 2000, p. 199, PULIM, 2001.

¹⁷³² M.-A. COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 4, vol. 68, p. 713.

¹⁷³³ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, préc., p. 259, n° 174.

l'autoritativité des décisions¹⁷³⁴, c'est-à-dire que la décision de justice devrait s'orienter vers la recherche d'une « adhésion raisonnée »¹⁷³⁵. La motivation s'entendrait davantage comme un exercice de rhétorique destiné à asseoir l'autorité de la décision (C).

C. Motivation

« Aujourd'hui, de quoi s'agit-il ? A mon sens, essentiellement, en matière de droits fondamentaux, de mettre sur le devant de la scène des arguments qui n'apparaissent aujourd'hui qu'au cours du délibéré »¹⁷³⁶.

365. La motivation, témoin de l'impartialité la décision. La troisième sécurité résiderait dans la qualité de la motivation d'une décision, laquelle conférerait toute sa place à l'élément religieux d'un litige, et conséquemment, à l'analyse du droit fondamental qui s'y réfère : la liberté de religion. De deux choses l'une : si l'on s'en tient uniquement à la question de l'apparence, la justice peut-elle sembler impartiale si la décision rendue n'est pas suffisamment, ou tout du moins adéquatement, motivée ? Une décision faisant le silence sur un élément du litige peut passer pour partielle : le silence dissimulerait le préjugé, ou l'arbitraire¹⁷³⁷, la concision engendrerait l'incertitude¹⁷³⁸. Aussi, comment savoir si une décision est intacte de tout préjugé religieux si la question religieuse est elle-même éludée ? Par extension, comment savoir si l'application du droit à la liberté de religion n'a pas reposé en l'espèce sur des préjugés religieux si son analyse est succincte, implicite ou demeurée dans le secret du délibéré ?

366. L'arrêt rendu par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire des « cabanes » le 8 juin 2006 reflète parfaitement ces interrogations. On se souvient de la formule expéditive de l'arrêt, rejetant le pourvoi au motif selon lequel « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copro-

¹⁷³⁴ Selon l'expression de F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », in *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. CAUDAL, Dalloz, 2013, p. 25. L'auteur parle de « droit autoritatif » pour désigner un droit convaincant, qui n'a pas besoin, de fait, d'être contraignant. La Common Law serait un système autoritatif à l'origine et qui serait devenu autoritaire du fait de la règle du *stare decisis* (précédent obligatoire). Sur la notion de droit autoritatif et ses origines, v. F. ZENATI-CASTAING, « Non razione imperii, sed imperio rationis », in *Stateless Law - Evolving Boundaries of a Discipline*, sous la dir. de H. DEDEK et S. VAN PRAAGH, Routledge, 2016.

¹⁷³⁵ C. PERELMAN, « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1996, p. 425.

¹⁷³⁶ C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263.

¹⁷³⁷ V. en ce sens, C. JAMIN, *op. cit.* : « En toute hypothèse, le fait que l'interprétation soit le produit d'un choix me fait douter de la pertinence de cette affirmation très prégnante dans la culture juridique française selon laquelle une argumentation un peu développée affaiblit l'interprétation que donne le juge d'un texte. Une telle brièveté peut faire au contraire apparaître ce choix pour ce qu'il est : non pas un acte de souveraineté, mais un acte arbitraire (au sens le plus péjoratif du terme) qui masque les raisons qui y ont abouti ».

¹⁷³⁸ A. TUNC, « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RID comp.*, 1978, p. 433.

priété »¹⁷³⁹. Dans cette affaire, pas question d'évincer complètement la liberté de religion de la motivation. Toutefois, aucune argumentation ne fut déployée autour de la mise en balance du droit des copropriétaires et de la liberté de religion des demandeurs, si bien que certains auteurs ont cru y déceler un certain *agacement* de la Cour de cassation envers les libertés fondamentales, voire une réticence à l'égard de la liberté de conscience et la mise en œuvre d'une « laïcité aveugle »¹⁷⁴⁰. Aussi, dans son commentaire sous ladite décision, Dominique FENOUILLET concluait-elle que :

« Affirmer que la laïcité est une valeur essentielle dans une société démocratique est certainement salutaire. S'engager dans une laïcité aveugle n'est pas, en revanche, la meilleure façon de répondre à la montée en puissance des revendications communautaires. Le malaise est d'autant plus grand qu'il est difficile de ne pas noter que [...] c'est la religion juive qui est concernée. Il serait évidemment absurde, et irresponsable, de crier à la discrimination religieuse, et d'imputer ces solutions au rejet, en France, de telle ou telle religion. N'empêche que cette constatation ajoute encore au sentiment de malaise qu'on aimerait bien voir dissipé rapidement par la Cour de cassation »¹⁷⁴¹.

En l'espèce, une motivation plus étayée des raisons du rejet aurait été souhaitable tant pour les demandeurs au pourvoi, que pour la doctrine et surtout pour servir la légitimation de la décision rendue, particulièrement dans le contentieux irrégulier qu'est celui de la liberté de religion¹⁷⁴².

367. Par ailleurs, rappelons avec Marie-Anne FRISON-ROCHE que l'impartialité exige moins du juge qu'il efface sa personnalité ou ses opinions, mais plutôt qu'il ne les fasse pas prévaloir *a priori* sur le litige qui lui est soumis :

« L'impartialité, qu'elle soit objective dans l'organisation de la juridiction ou subjective dans le comportement du juge particulier, consiste non pas à cesser d'avoir des opinions personnelles ou de parvenir à une sainte désincarnation, mais plus simplement à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer au juge. Ainsi, ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat »¹⁷⁴³.

Or, une neutralité d'abstention en matière religieuse pourrait laisser croire que la liberté de religion est mise hors de portée du débat. La neutralité se ferait alors le vecteur involontaire d'une liberté de religion semblant évincée et moins garantie que les autres droits. C'est pourquoi,

¹⁷³⁹ Cass. Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14774.

¹⁷⁴⁰ D. FENOUILLET, « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *LPA*, 2006, n° 133, p. 9. Des conclusions similaires ont été faites à l'égard d'autres décisions de la Cour de cassation ; v. par exemple A. MARAIS, « Liberté religieuse et bail », *RDC*, 2003, n° 1, p. 220 (l'auteur y regrette que la Haute Juridiction ne fasse que peu de cas de la liberté religieuse).

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² Au regard du droit européen des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg exige que même en l'absence d'une jurisprudence bien établie sur la question en jeu, une « motivation plus étayée des raisons de l'infirmité de la solution retenue [...] eût été souhaitable pour le requérant » (Cour EDH [déc.], *Boumaraf c. France*, 30 août 2011, req. n° 32820/08 ; v. é.g. Cour EDH [G.C.], *García Ruiz c. Espagne*, 21 janv. 1999, req. n° 30544/96, § 29).

¹⁷⁴³ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53 (nous soulignons).

l'impartialité du juge ne se verrait que renforcée par l'assomption explicite de l'élément religieux dans la résolution du litige si et seulement si cette assomption est assortie d'un travail d'argumentation portant sur la liberté de religion. Si « [b]ien juger exige de motiver sérieusement les jugements, non pas seulement de fournir une argumentation solide juridiquement, mais de dire celle qui a réellement guidé le juge »¹⁷⁴⁴ ; alors bien juger la liberté de religion exige « de mettre sur le devant de la scène des arguments qui n'apparaissent aujourd'hui qu'au cours du délibéré »¹⁷⁴⁵.

368. Enfin, parce que l'impartialité épouse les exigences issues de la neutralité de l'État en matière religieuse, lui confère une consistance mieux déterminée et, en renvoyant explicitement aux garanties du droit à un procès équitable, renforce dans le même temps la protection offerte à la liberté de religion et au pluralisme par une protection extrinsèque au seul article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'impartialité présente les garanties suffisantes pour répondre aux exigences de la laïcité du service public de la justice. Elle offre les outils d'une mise en œuvre cohérente de la neutralité axiologique que la laïcité impose aux juges dans le traitement du fait religieux. À ce rayonnement déontologique du principe de laïcité succède une clarification méthodologique inhérente à la subjectivisation de la liberté de religion : celle de sa distinction avec le droit de la non-discrimination (**Section 2**).

*

*

*

¹⁷⁴⁴ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, p. 313.

¹⁷⁴⁵ C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263 ; v. également A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 487.

SECTION 2 – UNE CLARIFICATION METHODOLOGIQUE : LA DISTINCTION AVEC LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE

« Si tu diffères de moi, mon frère, loin de me léser tu m'enrichis »¹⁷⁴⁶.

369. Positionnement du problème. La question de la protection de la liberté de religion s'envisage presque systématiquement sous l'angle d'une autre disposition qui se présente comme son corollaire : le droit de la non-discrimination religieuse. L'étude de ces deux dispositions fondamentales révèle toutefois qu'il existe des points d'achoppement entre celles-ci. Les termes sont employés tantôt dans le contentieux de la discrimination, tantôt dans celui de la liberté de religion. Les mécanismes s'apparentent et se rapprochent. Lorsqu'il en est question, les vocabulaires s'entremêlent, les raisonnements se confondent et les protections semblent interchangeables, amenant ainsi au constat selon lequel l'égalité religieuse et la liberté de religion se chevauchent (I). Après avoir identifié les causes et les manifestations de ce chevauchement, une solution méthodologique peut s'imposer au regard des évolutions épistémologiques qui ont été développées ci-avant. Cette solution peut se trouver dans la conscience et l'assimilation qu'il existe d'un prisme d'analyse spécifique à chacune de ces dispositions : subjectif pour ce qui est de la liberté de religion, objectif dans le cadre du droit de la non-discrimination (II).

I. LE CHEVAUCHEMENT ENTRE LA LIBERTE DE RELIGION ET L'EGALITE RELIGIEUSE

370. Prolégomènes au droit de la non-discrimination. Plus opérationnelle que le principe d'égalité, la notion de discrimination a été introduite par le droit international des droits de l'homme à partir de la seconde moitié du vingtième siècle¹⁷⁴⁷. Étymologiquement, le terme consiste à différencier selon des critères établis¹⁷⁴⁸ mais, dans le langage courant, il s'est chargé d'une connotation négative dont le droit s'est emparé ; la notion nous est ainsi apparue comme le fait de séparer en hiérarchisant, comme une rupture d'égalité à proscrire¹⁷⁴⁹. Juridiquement, la discrimination s'envisage donc comme un traitement inégalitaire illégitime motivé par les caractéristiques propres à une personne humaine, *i.e.* « par ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne

¹⁷⁴⁶ A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, 1948.

¹⁷⁴⁷ Sur la définition du terme « discrimination » et son évolution dans la pratique internationale et en doctrine, v. la thèse incontournable de M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976.

¹⁷⁴⁸ *Le Petit Robert de la langue française*, v. « discrimination ».

¹⁷⁴⁹ D. LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, 2003-2004, n° 48, p. 13 (voir p. 15).

peut rien ou par ce qui, en tant qu'être agissant et pensant, appartient à sa liberté la plus irréductible »¹⁷⁵⁰. Le droit de la non-discrimination peut alors s'entendre comme « la réponse qu'oppose le système juridique au fait social qu'est la discrimination »¹⁷⁵¹ ; il offre « une technique de qualification des ruptures d'égalité »¹⁷⁵².

En matière religieuse toutefois, règne une confusion méthodologique entre les domaines de la liberté de religion et le droit à la non-discrimination religieuse qui prend la forme d'un chevauchement¹⁷⁵³. Ces deux dispositions fondamentales se rapprochent ainsi tant d'un point de vue théorique (A) que pratique (B).

A. Liens théoriques : des droits complémentaires

« Le principe d'égalité a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux »¹⁷⁵⁴.

371. Par sa dimension transversale, la non-discrimination religieuse vient au soutien de la liberté de religion (2). Mais le chevauchement des deux droits fondamentaux s'explique notamment et en premier lieu par le principe de laïcité lui-même (1).

1. Un chevauchement corrélatif au principe de laïcité

« [...] la laïcité de la République constitue le plus sûr rempart contre les discriminations de toute nature, fussent-elles indirectes »¹⁷⁵⁵.

372. La non-discrimination en droit français. En droit français, les dispositions interdisant les discriminations sont récentes et éparées. Elles sont récentes car le droit de la non-discrimination ne se matérialise véritablement, en France, qu'après 1972¹⁷⁵⁶. Malgré la consécration dans la DDHC du principe d'égalité en droit et de l'affirmation constitutionnelle des droits

¹⁷⁵⁰ M. DRÉANO, *La non-discrimination en droit des contrats*, Dalloz, 2018, p. 5, n° 5.

¹⁷⁵¹ *Idem*.

¹⁷⁵² G. CALVÈS, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in *La non-discrimination entre les européens*, sous la dir. de F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER, Pedone, 2012, p. 9.

¹⁷⁵³ J. WOERHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 116.

¹⁷⁵⁴ J.-M. SAUVÉ, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 11, en ligne sur le site du DDD.

¹⁷⁵⁵ O. SCHRAMECK, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 195 (voir p. 204).

¹⁷⁵⁶ Et la loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

inaliénables de l'être humain « sans distinction d'origine, de race ou de religion », la prohibition de la discrimination demeurait éthérée, voire inexistante.

« C'est ainsi qu'en septembre 1963, quand des clients noirs se voient refuser le service au Paris-Londres, un bar parisien proche de la Gare du Nord, il n'existe aucune loi à laquelle ils peuvent faire appel pour sanctionner la discrimination en raison de l'origine »¹⁷⁵⁷.

La « chasse aux sales juifs »¹⁷⁵⁸ contaminant l'affaire Dreyfus, les lois antisémites sous Vichy¹⁷⁵⁹, ou encore les zoos humains qui ont perduré sur fond de racisme populaire jusqu'en 1940¹⁷⁶⁰, constituent des indices supplémentaires de l'inopérabilité – pas si lointaine – du concept d'égalité.

373. En outre, les articles 1 et 6 de la DDHC ont longtemps été limités au champ du droit public, le principe d'égalité ne trouvant ses limites que dans l'utilité commune¹⁷⁶¹. Au cœur de l'idéal républicain, le principe d'égalité s'est ainsi décliné en de multiples dimensions telles que l'égalité devant l'impôt, le service public, l'accès aux emplois publics et – première de toutes – l'égalité devant la loi. En matière religieuse, toutes les appréciations faisant entrer en ligne de compte les convictions religieuses sont alors condamnées comme discriminatoires. En 2009, le Conseil d'État jugeait par exemple qu'entachait d'illégalité un concours interne d'officier de la police nationale le fait pour le jury d'avoir interrogé un candidat sur ses origines, ses pratiques confessionnelles et celles de son épouse¹⁷⁶². Le champ de la non-discrimination s'est lentement étendu aux comportements privés en même temps que le principe d'égalité rayonnait sur tout l'ordonnement juridique.

La construction européenne joua un rôle prépondérant dans le développement, en France, d'un droit de la non-discrimination au soutien de la mise en œuvre du principe d'égalité. S'il semble en effet préexister à toutes nos épistémologies juridiques, ce n'est pourtant qu'à partir des années 2000, sous l'influence du droit de l'Union Européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme que la « lente et irrésistible [...] ascension d'un droit de la non-

¹⁷⁵⁷ P. EYDOUX, « Allocution de reprise des débats », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 67, en ligne sur le site du DDD, spéc. p. 68-69.

¹⁷⁵⁸ Émile ZOLA y fait référence à plusieurs reprises dans sa lettre à Félix FAURE ; E. ZOLA, « J'accuse », *L'Aurore* (13 janv. 1898).

¹⁷⁵⁹ Une particularité de l'antisémitisme de la Seconde Guerre Mondiale réside notamment dans la prééminence d'une acception « raciale » de la religion juive, c'est-à-dire intrinsèquement liée à la généalogie de la personne et non pas à son autonomie (sa liberté de choix). Toute personne « issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint est juif » était regardée comme juive, quelles que soient ses opinions individuelles (cf. art. 1 de la loi du 3 oct. 1940 portant statut des juifs).

¹⁷⁶⁰ Sur la question, v. le documentaire saisissant d'Arte, *Sauvages, au cœur des zoos humains*, 2017.

¹⁷⁶¹ Cf. B. LOUVEL, « Allocutions d'ouverture », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 6, en ligne sur le site du DDD, p. 7s.

¹⁷⁶² CE, 10 avr. 2009, *El Haddioni*, n° 311888.

discrimination »¹⁷⁶³ s'est accélérée en France¹⁷⁶⁴. À cet égard, souligne Jean-Marc SAUVE, « il est frappant de constater combien les techniques de contrôle se sont renouvelées, à mesure que les chefs de discrimination illicite se sont diversifiés »¹⁷⁶⁵. En droit privé, bien que le contentieux ne soit pas limité à la Chambre criminelle et à la Chambre sociale de la Cour de cassation, le droit du travail et le droit pénal constituent des domaines privilégiés du droit de la non-discrimination. C'est pourquoi, tout en étant alertes quant à la diversité du contentieux¹⁷⁶⁶, les développements subséquents se cantonneront principalement à ces deux matières.

374. Un profil visé par la discrimination et protégé par la non-discrimination : le cas de la religion. Quoiqu'elle ne constitue pas le chef de discrimination majoritaire¹⁷⁶⁷, la religion en représente une cause visible et bruyante. Cette visibilité peut s'expliquer par le tumulte politique et médiatique qui accompagne ces dernières décennies certains comportements religieux (principalement liés à la religion musulmane) ou assimilés à des causes religieuses (la radicalisation, les sectes). En témoigne par exemple une affaire récemment soumise au Défenseur des Droits, dans laquelle celui-ci fut amené à s'interroger sur l'impact qu'avaient eu la religion et les origines d'une réclamante à qui l'on avait mis fin à la convention de stage pour soupçons de radicalisation. En l'occurrence, les faits étaient intervenus dans un contexte particulier, quelques temps après les attentats de janvier 2015. Cette affaire fut l'occasion pour le Défenseur des Droits de rappeler que « le climat anxiogène découlant des attentats qui ont touché la France ne peut, en aucun cas, justifier des mesures arbitraires et discriminatoires en particulier dans le cadre professionnel »¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶³ A. LYON-CAEN, « Propos introductifs », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 17, en ligne sur le site du DDD.

¹⁷⁶⁴ J.-M. SAUVÉ, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 11, en ligne sur le site du DDD, p. 12.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷⁶⁶ Le contentieux de la discrimination peut aussi concerner la jouissance des droits civils et économiques. Il se présente également devant les juridictions civiles au travers du droit international privé, l'égalité et la non-discrimination faisant partie de l'ordre public. Pour un exemple de discrimination fondée sur la nationalité dans la jouissance des droits civils, l'arrêt Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13-50059 (non-conformité à l'ordre public français d'une loi étrangère prohibant le mariage entre personnes de même sexe). De plus, les juridictions civiles connaissent du contentieux des contrôles d'identité discriminatoires (contrôles au faciès) ; cf. F. DE BELLOY, « Un contentieux des contrôles d'identité discriminatoires », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 117s.

¹⁷⁶⁷ En 2017, la religion représentait 4,3% des réclamations adressées à l'institution faisant état d'une discrimination, essentiellement dans le domaine de l'emploi (1,6%), des services publics (1,4%), de l'éducation et la formation (0,5%), à égalité avec les biens et services (0,7%). En 2017, le critère du handicap est devenu le premier motif de saisine du Défenseur des Droits (21,8% contre 19% en 2016), avant l'origine (17,6%) et l'état de santé (11,9%) ; cf. Défenseur des Droits, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018, p. 95 et 86. Dans le monde professionnel, le *baromètre Défenseur des Droits/OIT* montre que « l'âge et le sexe sont les deux premiers motifs des expériences de discrimination liées au travail (15%), suivis de l'origine (8%), du handicap ou de l'état de santé (6%) et des convictions religieuses (2%) » ; Défenseur des Droits, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018, p. 88.

¹⁷⁶⁸ DDD, décision 2018-012 du 15 février 2018 relative à la rupture anticipée de stage d'une personne perçue comme musulmane dans une crèche confessionnelle juive dans un contexte post-attentats, n° 2018-012, § 47.

Cette affaire n'est qu'un exemple, et on remarque notamment que les réclamations liées aux convictions religieuses interviennent dans un contexte « marqué par un brouillage de la notion de laïcité et par certaines divergences jurisprudentielles »¹⁷⁶⁹.

375. Liberté, égalité, laïcité. Les rapports entre la laïcité, l'égalité et la liberté sont anciens. La première est classiquement présentée comme garantissant la liberté de religion et assurant la non-discrimination fondée sur la religion ou les convictions. Dès le début du XX^e siècle, la loi de 1905 présentait ces interactions (de façon implicite pour ce qui est de l'égalité, dont elle ne contient aucune référence expresse). Son article premier garantit le libre exercice des cultes et assure la liberté de conscience. Son deuxième article dispose que « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Ces deux textes, expliquent Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, signifient que « l'État, en France, *ne donne sa préférence à aucune religion* puisqu'il n'en aide aucune, mais il les reconnaît toutes et *assure le libre exercice du culte de chacune d'entre elles* »¹⁷⁷⁰. En ce sens, la loi de 1905 a non seulement mis tous les cultes sur le même pied d'égalité, mais de plus, elle a entendu garantir une jouissance égale de la liberté afférente : la liberté de conscience. Jean CARBONNIER expliquait à ce propos que :

« Notre droit public des cultes, dans la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, ne distingue pas entre les religions suivant leur importance, leur ancienneté, leur contenu de dogmes ou d'observances. Pas davantage notre droit privé du fait religieux n'a à distinguer entre elles : il doit enregistrer la présence d'une religion dès qu'il constate qu'à l'élément subjectif qu'est la foi se réunit l'élément objectif d'une communauté, si petite soit-elle. Formuler des distinguos reviendrait à instaurer parmi nous – quoique avec d'autres conséquences – la hiérarchie du XIX^e siècle entre cultes reconnus et non reconnus... Cette égalité d'honneurs, toutefois, doit avoir sa contrepartie dans une égale soumission au droit commun »¹⁷⁷¹.

La non-reconnaissance imposée par la loi de 1905 doit ainsi être comprise au sens de l'égalité devant la loi commune ; elle suppose dès lors de ce que CARBONNIER appelle égalité d'honneur, c'est-à-dire la reconnaissance non-institutionnelle des religions comme fait social.

376. La lecture de la laïcité à la lumière de l'égalité devant la loi et du respect des croyances aurait par la suite été constitutionnellement reconnue par l'ajout, en 1958, de la formule « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances » à l'article 1^{er} qui indiquait jusqu'alors que « la France est une

¹⁷⁶⁹ Défenseur des Droits, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018, p. 95.

¹⁷⁷⁰ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8 éd., Montchrestien, 2009, p. 625, n° 586 (nos italiques).

¹⁷⁷¹ J. CARBONNIER, *D.*, 1969, p. 368, note sous CA Nîmes, 10 juin 1967 (nous soulignons).

République indivisible, laïque, démocratique et sociale »¹⁷⁷². En 2013, ces liens furent explicitement consacrés par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*. Sur la base des articles 10 de la DDHC et 1^{er} de la Constitution de 1958, il considéra « que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes »¹⁷⁷³. Ce postulat de principe fut repris mot pour mot par le Conseil d'État en juin 2018¹⁷⁷⁴. Ce dernier avait depuis longtemps déjà adopté cette lecture du principe de laïcité, d'abord dans l'interprétation des exigences de la neutralité (qui implique l'égalité de traitement des usagers du service public sans distinction de religion), mais aussi dans le cadre de la liberté religieuse. Dans son rapport *Un siècle de laïcité*, le Conseil d'État indiquait en ce sens que la laïcité, indissociable de la liberté de conscience et de la liberté religieuse, « ne peut ignorer le fait religieux et implique l'égalité entre tous les cultes »¹⁷⁷⁵. Une position adoptée également dans le rapport présenté par la Commission Stasi, qui indiquait lui aussi que la laïcité repose sur trois valeurs indissociables : la liberté de conscience, l'égalité en droit des options spirituelles et religieuses, et la neutralité du pouvoir politique¹⁷⁷⁶.

377. Somme toute, le cadre laïque français fait de la liberté et de l'égalité religieuses deux notions corollaires. En doctrine, on peut lire que la reconnaissance de l'égalité est déterminante pour comprendre la portée de la « laïcité juridique »¹⁷⁷⁷. Celle-ci serait faite de trois composantes : la neutralité, la liberté et l'égalité¹⁷⁷⁸. Ce prisme interprétatif est-il pour autant un gage de clarté ? Pas tout à fait. Au contraire, comme l'ont souligné les auteurs du *Traité de droit français des religions*, « ces trois principes ne sont pas autonomes les uns par rapport aux autres, mais se confortent réciproquement de sorte que les règles essentielles relatives au régime juridique des croyances

¹⁷⁷² P.-H. PRELOT, « Laïcité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al., PUF, 2008, p. 597.

¹⁷⁷³ CC, déc. n° 2012-297 QPC, 21 févr. 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, cons. 5.

¹⁷⁷⁴ V. récemment, CE, 27 juin 2018, n° 419595, *Jurisdata* n° 2018-011178 et le commentaire critique de M. TOUZEIL-DIVINA, « La liberté de conscience d'un agent prêtre et administrateur prime sur la laïcité de tous les agents et usagers du service public (Lol bis la Laïcité) », *JCP A*, 2018, n° 27, p. 585.

¹⁷⁷⁵ *Un siècle de laïcité, Rapport public 2004*, Conseil d'État, 2003, p. 276. Le principe d'égalité entre les cultes et les convictions religieuses se serait incarné dans l'exigence de respect du pluralisme, que le Conseil d'État avait présenté comme le troisième pilier de la laïcité (v. en ce sens, A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité », in *Laïcité et pluralisme religieux*, sous la dir. de F. FABERON, PUAM, 2018, p. 241).

¹⁷⁷⁶ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, p. 9, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>.

¹⁷⁷⁷ J.-B. D'ONORIO, « La laïcité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de S. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 913.

¹⁷⁷⁸ A. FORNEROD, *op. cit.* Pour l'auteure, pluralisme et égalité peuvent être tenus pour synonymes.

s'appuient simultanément sur plusieurs d'entre eux »¹⁷⁷⁹. Leurs interactions, leur articulation, voire leur conciliation constitue d'ailleurs un thème d'analyse doctrinale¹⁷⁸⁰. On remarque ainsi que la non-discrimination est susceptible d'intervenir au soutien de la liberté de religion (2).

2. La non-discrimination au soutien de la liberté de religion

« protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société »¹⁷⁸¹.

378. La non-discrimination, une protection subsidiaire à la liberté de religion en droit européen des droits de l'homme. Si le droit européen des droits de l'homme n'a pas expressément consacré l'égalité en tant que telle dans son *corpus* textuel, il a tout de même érigé le principe de non-discrimination au fondement même de la protection internationale des droits de l'homme, imbriquant ce faisant les notions d'égalité et de non-discrimination. Le principe de non-discrimination, protégé à l'article 14 de la Convention EDH, constitue « l'un des principes fondamentaux de la démocratie »¹⁷⁸². Comme l'a précisé la Cour européenne des droits de l'Homme, ce droit n'a toutefois pas d'existence indépendante et ne peut, en conséquence, être invoqué isolément¹⁷⁸³ : son applicabilité est subordonnée au rattachement du grief de discrimination à un droit garanti par la Convention. S'il n'a pas d'existence indépendante, le droit à la non-discrimination jouit cependant d'une portée autonome, et peut ainsi entrer en jeu même sans manquement aux exigences d'une disposition conventionnelle, à la condition que les faits litigieux « se situent dans le domaine »¹⁷⁸⁴ ou « tombent sous l'empire »¹⁷⁸⁵ de l'une au moins de ces dispositions. C'est parce qu'il préexiste aux droits fondamentaux que le droit à la non-discrimination n'est pas doté d'une existence indépendante : il rayonne dans tout le droit européen des droits de l'homme et sous-tend les droits et libertés garantis.

¹⁷⁷⁹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 57.

¹⁷⁸⁰ V. A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité », préc.

¹⁷⁸¹ Cf. CSC, R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295, p. 336.

¹⁷⁸² Cour EDH [G.C.], *Refab Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 119.

¹⁷⁸³ Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* c. Belgique, 23 juil. 1968, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 9.

¹⁷⁸⁴ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandalı c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 71.

¹⁷⁸⁵ Cour EDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, req. n° 8777/79, § 29.

« Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés »¹⁷⁸⁶.

En ce sens, l'égalité préexiste aux droits fondamentaux. Elle se comprend comme une condition de la liberté de religion : « la liberté des convictions n'est pas garantie si la protection qui leur est accordée varie selon la nature de ses convictions »¹⁷⁸⁷. Seulement, bien qu'elle irrigue l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, la non-discrimination ne constitue qu'une protection subsidiaire à ces droits, y compris en matière religieuse.

379. À l'origine, le grief de discrimination a en effet été compris comme « un grief purement complémentaire »¹⁷⁸⁸ destiné soit à pallier la non-violation d'une disposition conventionnelle, soit à marquer un profond désaccord et souligner la gravité des faits en cause¹⁷⁸⁹. Cette préséance des droits autonomes explique qu'en matière religieuse le contentieux de la non-discrimination soit, un temps, demeuré relativement faible, la Cour se fondant principalement sur l'article 9 (ou 2-P1). Elle est aussi susceptible d'expliquer pourquoi l'égalité religieuse et la liberté de religion semblent insécables. Néanmoins, en 2008, Frédéric SUDRE faisait remarquer que cette tendance semblait être en train de s'inverser, et que la Cour marquait une sorte de volonté de valoriser le droit à la non-discrimination en examinant de plus en plus l'article 14 en priorité¹⁷⁹⁰, particulièrement lorsque le grief porte sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Cette tendance s'explique peut-être par l'entrée en vigueur du Protocole 12, venu lever la limitation de l'article 14 en instaurant une interdiction générale autonome de la discrimination. L'article 1^{er} dudit Protocole se lit ainsi :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions,

¹⁷⁸⁶ Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, préc., § 9.

¹⁷⁸⁷ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁸⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016, p. 430, n° 268. V. ég. Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc., § 71 : l'article 14 « complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles ». De l'aveu de la Cour, ce n'est que « si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige » qu'elle estime devoir se pencher sur le grief de discrimination (cf. F. SUDRE, « Rapport introductif », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 17 (voir p. 28), se référant aux arrêts Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, § 30 et Cour EDH [plén.], *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, req. n° 7525/76, § 67). Cette possibilité fut exploitée pour la première fois dans l'arrêt *Chassagnou* (Cour EDH [G.C.], *Chassagnou et autres c. France*, 29 avr. 1999, req. n° 25088/94, 28331/95, 28443/95, § 89s.).

¹⁷⁸⁹ V. en ce sens, L. ROBERT, « Les positions de la Cour de Strasbourg », in *Discriminations & faits religieux*, (colloque Lyon III, 30 mars 2018, dir. M.-L. BASILIEN-GAINCHE).

¹⁷⁹⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., spéc. p. 28.

l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹⁷⁹¹.

Effectif depuis 2005, ce Protocole n'a fait l'objet que de vingt ratifications et la France ne fait même pas partie des trente-huit États signataires¹⁷⁹². On peut dès lors opposer son inapplicabilité, tout en gardant à l'esprit que la Cour EDH procède à une lecture globale de la Convention¹⁷⁹³ et que cette lecture globale l'entraîne déjà certainement à repenser la place du droit de la non-discrimination dans le droit de la CEDH.

380. De droit complémentaire, l'article 14 précité tend à devenir un « droit supplémentaire »¹⁷⁹⁴ ; d'où l'intérêt croissant d'opérer une distinction claire avec les autres droits fondamentaux, et en l'occurrence, avec la liberté de religion. D'autant que les frictions de l'égalité religieuse et de la liberté de religion ne se limitent pas à des interdépendances ou à des rapprochements théoriques. On remarque ainsi que leur mise en œuvre tend à se confondre, allant parfois jusqu'à brouiller complètement les outils méthodologiques inhérents à chacun de ces droits (**B**).

B. Conjonctions pratiques : des mises en œuvre confondues

381. Bien qu'ils ne poursuivent pas la même finalité, les droits à la liberté de religion et à la non-discrimination religieuse se rapprochent également dans leur mise en œuvre par les juridictions. Il peut ainsi arriver que les juges fassent empiéter la protection offerte par le second sur le premier, le droit à la liberté de religion (**1**). Au Canada, cet empiètement, et le rapprochement théorique de ces deux dispositions, a même entraîné une confusion méthodologique dans les décisions de justice, à l'instar du contentieux des accommodements raisonnables (**2**).

¹⁷⁹¹ Protocole n° 12, STE n° 177, ouverture du traité à la signature le 4 nov. 2000.

¹⁷⁹² Albanie, Andorre, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, Géorgie, L'ex-République Yougoslave de Macédoine, Luxembourg, Malte, Monténégro, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Ukraine. La France n'est quant à elle même pas signataire. En 2001, suite à une question parlementaire du sénateur Aymeri de Montesquiou, le ministère des Affaires étrangères s'en était expliqué ainsi : « La France est [...] dotée d'un arsenal juridique de lutte contre la discrimination particulièrement développé, et reconnu sur le plan international. Toutefois, elle n'envisage pas, à court terme, d'adhérer au protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, essentiellement pour des raisons liées à la situation actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette juridiction doit en effet faire face à une augmentation considérable du nombre d'affaires portées devant elle, qui rendra sans doute nécessaire une réforme profonde de son fonctionnement. Aussi, l'entrée en vigueur d'un nouveau protocole, qui ne manquera pas susciter l'afflux de nouvelles requêtes, n'apparaît-elle pas souhaitable aujourd'hui » (Question écrite n° 34441 de M. Aymeri de Montesquiou (Gers - RDSE) publiée dans le JO Sénat du 19/07/2001, p. 2357 et Réponse du ministère : Affaires étrangères publiée dans le JO Sénat du 01/11/2001, p. 3457, en ligne : <https://www.senat.fr/questions/base/2001/qSEQ010734441.html>).

¹⁷⁹³ Pour un exemple de lecture globale conduisant la Cour à se référer aux dispositions d'un Protocole non ratifié par l'État requis, v. Cour EDH, *Osmanoglu et Kocabas c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12, § 90.

¹⁷⁹⁴ F. TULKENS, « Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 20, en ligne : <en ligne sur le site du DDD>, spéc. p. 21.

1. L'empiètement de l'égalité sur la liberté de religion

382. Des protections interchangeables. Si l'on s'intéresse à l'objet du principe d'égalité en matière religieuse, leurs interactions réciproques sont, du reste, manifestes. Celui-ci s'applique en effet à trois objets : l'égalité des personnes quelles que soient leurs convictions religieuses (égalité individuelle), l'égalité des institutions religieuses, l'égalité des convictions religieuses¹⁷⁹⁵. L'égalité individuelle comporte un double aspect : le premier, plutôt négatif, interdit toute discrimination directe en raison des convictions religieuses d'une personne ; le second, positif, implique quant à lui une égalité des citoyens dans les conditions d'exercice de leur religion, il prohibe les discriminations indirectes. L'admission de la discrimination indirecte en droit européen des droits de l'homme remonte à 2007¹⁷⁹⁶. Dans un arrêt rendu en Grande Chambre, la Cour EDH affirma que pouvait « être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui [a] des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe »¹⁷⁹⁷. En droit français, la discrimination indirecte est explicitement prohibée par la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations¹⁷⁹⁸. Elle définit la discrimination indirecte comme

« une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés »¹⁷⁹⁹.

383. Sous cet angle, l'égalité religieuse rejoint particulièrement la liberté de religion. En matière religieuse en effet, la discrimination indirecte « concerne les situations où une mesure est fondée sur un motif neutre mais produit un désavantage particulier pour des personnes exerçant une croyance religieuse »¹⁸⁰⁰. Or, nous pouvons remarquer avec José WOERHLING que « les normes ou politiques qui restreignent la liberté de religion ou de conscience affectent presque toujours certaines catégories de personnes, de convictions ou de croyances plus que les autres, si bien qu'elles peuvent également être considérées comme entraînant une discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou la conscience »¹⁸⁰¹. L'inverse est tout aussi valable, et il n'est pas rare de

¹⁷⁹⁵ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 82.

¹⁷⁹⁶ Cour EDH [G.C.], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, § 175.

¹⁷⁹⁸ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

¹⁷⁹⁹ Art. 1, al. 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. La définition est reprise en jurisprudence ; v. par ex. CA Amiens, 15 mai 2019, n° 17/03057.

¹⁸⁰⁰ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOERHLING, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁰¹ J. WOERHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 116 (voir p. 117).

trouver des atteintes à la liberté de religion dans des constats de discrimination religieuse, dans la mesure où l'inégalité de traitement entraîne ce que l'auteur appelle une « pression à la conformité » pouvant potentiellement équivaloir à une forme de coercition.

384. D'autre part, dans quelle mesure le principe d'égalité matérielle¹⁸⁰² dans la jouissance des droits et libertés qui se fait jour en droit européen des droits de l'homme se distingue-t-il de l'obligation positive des États « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »¹⁸⁰³ ? La théorie des obligations positives ne vise-t-elle justement pas à assurer l'effectivité des droits, comme le principe d'égalité substantielle suggère l'exercice effectif de l'égalité de traitement ? L'arrêt *Çam c. Turquie*¹⁸⁰⁴ ne scelle-t-il pas les rapports étroits entre égalité et effectivité des droits ? Sur la base de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (la requérante, sourde, s'était vue refuser l'entrée au conservatoire), la Cour EDH y avait jugé que l'article 14 de la Convention doit être lu « au regard des aménagements raisonnables [...] que les personnes en situation de handicap sont en droit d'attendre, aux fins de se voir assurer “la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales” »¹⁸⁰⁵. Si l'on s'intéresse à la matière religieuse plus spécifiquement, on remarque que des mécanismes similaires aux aménagements raisonnables avaient déjà été employés dans le cadre de la liberté de religion. Dans l'arrêt *Jakobski c. Pologne*, la Cour avait établi qu'en vertu des obligations positives tirées de l'article 9, les autorités nationales étaient tenues d'adapter la composition des repas d'un prisonnier lorsque celui-ci le demande sur la base de ses convictions religieuses, pour autant que cette adaptation ne perturbe pas la bonne administration de la prison ni ne nuise à la qualité de l'alimentation fournie aux autres détenus¹⁸⁰⁶. Cet usage de l'exigence d'effectivité des droits pour justifier ou exiger des aménagements raisonnables s'est perpétré dans l'arrêt *Osmanoğlu et Kocabaş*¹⁸⁰⁷. En l'espèce, c'est vraisemblablement l'existence de

¹⁸⁰² Sur ce point, v. *supra* n° 236s., spéc. n° 240.

¹⁸⁰³ Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994, req. n° 16798/90, § 51. Ce qui comprend la liberté de religion, cf. Cour EDH, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al. c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01, § 133-134 ; Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, § 38 : « ces obligations peuvent parfois nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la liberté de religion jusque dans les relations des individus entre eux ».

¹⁸⁰⁴ Cour EDH, *Çam c. Turquie*, 23 févr. 2016, req. n° 51500/08.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, § 65.

¹⁸⁰⁶ Cour EDH, *Jakobski c. Pologne*, 7 déc. 2010, req. n° 18429/06 ; *contra* Cour EDH, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avr. 2012, req. n° 28790/08 (refus de reporter une audience tombant le jour d'une fête juive).

V. en ce sens J. RINGELHEIM, « La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working Papers*, 2017/2, en ligne : <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO-WP-2017-2-JR.Art.14.pdf>>.

¹⁸⁰⁷ Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12.

tels aménagements qui avaient permis à la Suisse de ne pas être condamnée sur le fondement de l'article 9 de la Convention¹⁸⁰⁸.

385. Au Canada, il résulte de ces similarités une forme de fongibilité des droits. La liberté de conscience et de religion et la protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions y « constituent deux protections susceptibles d'être invoquées de façon largement interchangeable »¹⁸⁰⁹. En pratique, les justiciables invoquent d'ailleurs généralement les deux droits en parallèle. Toutefois, les tribunaux canadiens semblent préférer traiter les affaires soulevant des questions relatives à la religion sous l'angle de la liberté de religion plutôt que sous l'angle de la non-discrimination¹⁸¹⁰. En France, l'empiètement de l'égalité sur la liberté de religion se manifeste par l'effacement de cette dernière derrière l'égalité et le principe de neutralité.

386. L'effacement de la liberté religieuse derrière l'égalité et la neutralité. En droit administratif, cet effacement se constate par exemple dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'aide publique à la construction de lieux de culte. En la matière, le principe d'une garantie effective de la liberté religieuse, volet exercice du culte, à la charge de l'État est explicitement admis depuis l'arrêt *Commune de Massat*. Le Conseil d'État y avait jugé que la liberté religieuse, en tant que liberté fondamentale, « ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public », mais « qu'elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte »¹⁸¹¹. En théorie, l'arsenal de protection de la liberté religieuse dont dispose le Conseil d'État suffirait donc à assurer la mise à disposition et la construction de nouveaux lieux de cultes sur ce motif. Pourtant, ainsi que le constate Anne FORNEROD, dans ce type de situations, le juge administratif procède à l'articulation entre l'égalité des cultes et la neutralité de l'État, reléguant la liberté de culte en arrière-plan¹⁸¹². Cette posture s'expliquerait par une logique de renforcement de la liberté de religion par la recherche d'une égalité effective entre les groupes religieux. Elle a néanmoins pour conséquence de générer des ambivalences méthodologiques en confondant garantie d'une liberté de religion effective et égalité religieuse.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, § 101.

¹⁸⁰⁹ J. WOERHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », préc., p. 117. Voir également J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill Law Journal*, 1997-1998, n° 43, p. 325.

¹⁸¹⁰ J. WOERHLING, *op. cit.*, p. 117. : l'auteur rapporte qu'une seule décision approfondit l'analyse sous l'angle de l'égalité religieuse, l'arrêt CSC, *Adler c. Ontario*, [1996] 3 RCS 609.

¹⁸¹¹ CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, n° 284307.

¹⁸¹² A. FORNEROD, « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité », in *Laïcité et pluralisme religieux*, sous la dir. de F. FABERON, PUAM, 2018, p. 241 (voir p. 243).

387. Le cas de l'égalité femme-hommes : la laïcité et l'égalité contre la liberté de religion ? Aujourd'hui, la laïcité semble davantage brandie au nom de l'égalité qu'au nom de la liberté de religion¹⁸¹³. Nombreux sont ceux qui, comme Jean BAUBEROT la voient engagée dans « un combat essentiel : celui de l'égalité des sexes »¹⁸¹⁴. En ce sens, un rapport sénatorial de la Délégation aux droits des femmes, remis en novembre 2016, indique que si la question de l'égalité entre les sexes n'avait que récemment fait son entrée dans le débat sur la laïcité, elle en constituait pourtant une valeur fondamentale et « l'une des conditions de son existence-même »¹⁸¹⁵. La dimension égalitaire de la laïcité y est valorisée en ce qu'elle pourrait « favoriser l'émancipation des femmes par rapport au fait religieux »¹⁸¹⁶. La laïcité est alors mobilisée au service de l'égalité des sexes, pour combattre la soumission de la femme à l'homme encouragée et induite par certaines religions. Le problème est que la laïcité n'est alors plus vue que par le prisme de l'émancipation de la femme à l'égard de la religion, ce qui conduit à des postures stéréotypées. Dans l'arrêt *S.A.S. c. France*, cette fermeture de la laïcité à la liberté de religion de la femme et à son autonomie, au nom de la protection de l'égalité des sexes, est notable ; ce que n'avait pas manqué de relever la requérante. Selon elle,

« l'affirmation du Gouvernement selon laquelle le fait pour les femmes de se couvrir le visage est incompatible avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes est simpliste. [La requérante] fait valoir que, d'après une thèse féministe consacrée, le port du voile dénote souvent une émancipation des femmes, leur affirmation de soi et leur participation à la société, et que pour ce qui la concerne, il ne s'agit pas de faire plaisir aux hommes mais à elle-même et d'obéir à sa conscience. Ensuite, on ne saurait soutenir que le port du voile revient à refuser aux femmes concernées le droit d'exister en tant que personnes dans l'espace public alors que dans la majorité des cas il s'agit d'un libre choix dénué de surcroît de tout prosélytisme. Elle ajoute que d'autres États membres ayant une forte population musulmane n'interdisent pas le port du voile intégral dans les lieux publics. Elle juge par ailleurs ironique qu'une idée abstraite d'égalité des sexes aille à l'encontre du choix profondément personnel des femmes qui décident de se voiler et souligne que les sanctionner aggrave l'inégalité que l'on prétend combattre. Enfin, elle considère que soutenir que l'interdiction a pour but légitime le "respect de la dignité des personnes" revient

¹⁸¹³ À l'occasion des débats précédant le vote de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, la question de l'égalité entre les sexes avait été largement soulevée. L'Assemblée Nationale avait à ce titre notamment voté, le 11 mai 2010, une Résolution « sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte » dans laquelle elle considérait que « les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République » (nous soulignons). En outre, le projet de loi afférent indiquait que le voile intégral, porté par les seules femmes, s'analysait en une atteinte à la dignité de la personne allant de pair « avec la manifestation publique d'un refus ostensible de l'égalité entre les hommes et les femmes, dont elle est la traduction » (v. Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 01/07/2014, § 24, § 25).

¹⁸¹⁴ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2015, p. 9.

¹⁸¹⁵ C. JOUANNO, *La laïcité et l'égalité femmes-hommes*, Rapport d'information n° 101 fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Sénat, 3 nov. 2016, p. 89.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

à l'asseoir sur la supposition abstraite, stéréotypée et révélatrice d'une logique machiste, que la femme voilée est "effacée" »¹⁸¹⁷.

Cette valorisation de la laïcité et de l'égalité contre la liberté de religion conduit à étendre progressivement l'obligation de neutralité et à proscrire les signes religieux¹⁸¹⁸ (surtout s'ils sont musulmans) dans l'entreprise privée et dans l'accès aux biens et services privés. Elle se manifeste aussi dans les services publics au travers d'une interprétation extensive des principes de laïcité et de neutralité, que l'on est parfois tenté d'appliquer à tort aux usagers¹⁸¹⁹. Or, cette posture conduit le plus souvent à « exclure les femmes portant un voile, déjà écartées de l'emploi public, de l'accès à certains emplois privés et à un certain nombre de biens et de services », les enfermant dans une logique de discrimination intersectionnelle dans laquelle « les dimensions de religion, de genre et d'origine ethnique s'avèrent souvent indissociables »¹⁸²⁰.

388. On le voit bien : l'interchangeabilité des protections peut conduire à la mise en conflit de deux droits complémentaires. Du point de vue de la méthodologie juridique, la proximité des droits à la liberté de religion et à la non-discrimination religieuse se traduit aussi par leur confusion, certains juges suivant un raisonnement calqué sur la non-discrimination sous l'angle de la liberté religieuse, et *vice versa*. Tel est notamment le cas du contentieux des accommodements raisonnables au Canada (2).

2. De la proximité théorique à la confusion méthodologique : l'exemple de l'accommodement raisonnable au Canada

389. Retour sur l'écllosion de l'obligation d'accommodement raisonnable. Apparue dans les années quatre-vingt, le concept d'accommodement raisonnable est le fruit de l'application, par les tribunaux spécialisés canadiens, des instruments « quasi-constitutionnels » de protection contre la discrimination¹⁸²¹ entrés en vigueur pour la plupart à la fin des années soixante-dix¹⁸²².

¹⁸¹⁷ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 24, § 77.

¹⁸¹⁸ Sur la polarisation de la laïcité, v. *supra* n° 58s.

¹⁸¹⁹ Certains magistrats font état de leur gêne à l'égard de la manifestation, par les justiciables dans l'enceinte de justice, de leurs convictions religieuses. Il peut s'agir du port de signes religieux, mais aussi parfois de prières. V. sur ce point, M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019.

¹⁸²⁰ Défenseur des Droits, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018, p. 95.

¹⁸²¹ Sur la coexistence, au Canada, de divers instruments de protection des droits et libertés (constitutionnels et « quasi-constitutionnels », v. G. SCOFFONI, J. BELL et J. WOERHLING, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier-juin 2002) : Canada, Royaume-Uni », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 1, vol. 53, p. 187.

¹⁸²² Cf. par ex. la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, entrée en vigueur en 1976, qui combine à la fois la protection des libertés publiques et l'interdiction de la discrimination et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, entrée en vigueur en 1978, dont l'objet est la prohibition de la discrimination dans les domaines de compétence du Parlement canadien.

Ces tribunaux des droits de la personne firent de l'accommodement raisonnable une obligation corollaire au principe d'égalité, qui enjoint les organismes gouvernementaux et les entreprises privées à « faire un effort pour tenter d'adapter leurs normes et politiques aux croyances et pratiques religieuses avec lesquelles celles-ci entrent en conflit, à moins que l'adaptation requise n'entraîne une contrainte excessive »¹⁸²³. À partir de 1985, ils furent suivis par la Cour Suprême du Canada qui admit qu'une norme en apparence neutre pouvait indirectement avoir un impact discriminatoire sur un employé si cette norme est incompatible avec sa pratique religieuse. L'admission qu'une norme générale puisse créer une discrimination constitua le point de départ de la reconnaissance et de l'édification canadienne du mécanisme des accommodements raisonnables¹⁸²⁴. Le principe d'égalité imposait en effet que l'impact discriminatoire de la mesure puisse être neutralisé, ce qui passait, selon la Cour, par la reconnaissance d'une obligation de déroger ou d'aménager la règle générale en accordant un traitement différentiel à la personne pénalisée par son application, à condition que ce traitement spécifique ne génère aucune contrainte excessive. L'obligation d'accommodement raisonnable était née, découlant de l'admission des discriminations indirectes, et prête à rayonner dans tout le droit canadien ainsi qu'à s'imposer comme une caractéristique de la culture politique et juridique canadienne.

390. Le principe d'égalité, fondement de l'obligation d'accommodement raisonnable.

En jurisprudence comme en doctrine, on reconnaît que l'obligation d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du principe d'égalité¹⁸²⁵. Elle constitue le mécanisme qui fait le lien effectif de la discrimination à l'égalité. Par exemple, l'article 10 de la *Charte québécoise* prévoit qu'il y a discrimination lorsqu'une « distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne] ». Lu différemment, cet article illustre la conception substantielle de l'égalité qui domine au Canada, et trouve une discrimination lorsque les droits et libertés ne peuvent pas être exercés également par les individus¹⁸²⁶. En ce sens, « même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger », ce qui se traduit en pratique par des mesures d'accommodements raisonnables¹⁸²⁷.

¹⁸²³ J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill Law Journal*, 1997-1998, n° 43, p. 325 (voir p. 328-329).

¹⁸²⁴ CSC, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons Sears*, 1985, 2. RCS. 536.

¹⁸²⁵ J. WOERHLING, *op. cit.*, p. 328-329.

¹⁸²⁶ Sur la distinction égalité formelle/égalité substantielle, v. *supra* n° 236s.

¹⁸²⁷ CSC, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons Sears*, préc., § 554-555.

391. La diffusion de l'obligation d'accommodement raisonnable hors de la non-discrimination. L'importance accordée aux accommodements raisonnables connut son apogée à l'occasion de l'affaire *Multani*, rendue en 2006¹⁸²⁸. Cette affaire, déjà évoquée dans cette étude au titre de la subjectivisation de la liberté de religion au Canada¹⁸²⁹, est aussi célèbre pour avoir conféré à l'obligation d'accommodement raisonnable une fonction importante, si ce n'est centrale, dans le raisonnement judiciaire canadien en termes de droits fondamentaux. Sa portée requiert, pour être mieux comprise, que nous revenions sur le test alors employé par les juridictions canadiennes depuis l'arrêt *Oakes*¹⁸³⁰ afin d'évaluer la proportionnalité des limitations apposées aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*¹⁸³¹. Ce test, dont les étapes ressemblent à celles employées par la Cour européenne des droits de l'Homme, impose trois règles devant être respectées pour que la limitation d'un droit ou d'une liberté protégée soit valide : celle-ci doit être prévue par une règle de droit (critère de légalité), viser un objectif suffisamment important (critère de l'objectif) et être proportionnée (critère des moyens). L'analyse de la proportionnalité est alors elle-même scindée en trois critères : le critère du lien rationnel (les mesures adoptées doivent être conçues pour atteindre l'objectif en question), celui de l'atteinte minimale (le moyen choisi doit porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question) et enfin le critère de la proportionnalité (pondération des effets et mise en balance).

392. C'est dans le cadre de l'examen de l'atteinte minimale que la Cour d'Ottawa a intégré le mécanisme interprétatif issu des accommodements raisonnables, et autorisé ce faisant la dilution de l'égalité dans le droit à la liberté de religion. Pour la Cour, l'analyse de l'obligation d'accommodement raisonnable est utile au stade de l'atteinte minimale pour déterminer si la mesure est de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté de religion du requérant¹⁸³². Cela signifie qu'une mesure restreignant la liberté dépasse toujours le seuil de l'atteinte minimale, sauf à dé-

¹⁸²⁸ CSC, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 SCR 256.

¹⁸²⁹ V. *supra* n° 294s.

¹⁸³⁰ CSC, *R. v. Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103. À l'origine, le test de l'arrêt *Oakes* ne s'applique pas aux litiges entre particuliers. C'est à compter de l'arrêt *Dickason* que la Cour Suprême en autorisera une application souple (CSC, *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103) : « En premier lieu, le modèle de l'arrêt *Oakes* n'est adéquat que s'il est appliqué sans la moindre retenue à l'égard d'un défendeur privé comme un employeur ou un propriétaire. En second lieu, il ne devrait être appliqué à la réglementation de rapports privés qu'avec beaucoup de souplesse et en tenant dûment compte du contexte. L'examen visant à déterminer ce qui est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 ne devrait pas être rigoureusement limité par les catégories formelles énoncées dans le critère de l'arrêt *Oakes* » (§ 22).

¹⁸³¹ En principe, le test de *Oakes* a été conçu pour évaluer les politiques législatives au regard de leur obligation de rendre compte devant les tribunaux des règles qu'ils imposent et qui portent atteinte aux droits protégés ; cf. l'opinion dissidente des juges DESCHAMPS et ABELLA sous CSC, *Multani*, préc., § 121.

¹⁸³² CSC, *Multani*, préc., § 53 : « *the analogy with the duty of reasonable accommodation seems to me to be helpful to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to a particular individual, as in the case at bar* ».

montrer que toute autre mesure moins restrictive imposerait une *contrainte excessive* à celui qui la met en œuvre. En pratique, le défendeur qui entend démontrer le caractère raisonnable d'une mesure adoptée par lui et qui a causé une atteinte à la liberté de religion d'un individu doit prouver qu'il a respecté son obligation d'accommodement raisonnable. Cette conclusion était inspirée d'un article de José WOERHLING, paru en 1998, et au sein duquel l'auteur expliquait que le critère de l'atteinte minimale du test de *Oakes* correspondait à « la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne »¹⁸³³. Elle revient à mettre au service de la liberté de religion un outil qui relève d'une autre disposition et qui appartient à une catégorie d'analyse distincte.

393. Du point de vue de la philosophie politique, l'insertion de la technique de l'accommodement raisonnable dans le cadre du test de *Oakes* s'explique par la volonté de la Cour Suprême de valoriser le multiculturalisme canadien. L'examen de l'atteinte minimale se termine en effet sur l'assertion suivante :

« La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que [le requérant] puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie, comme je l'expliquerai dans la section qui suit »¹⁸³⁴.

...qu'il faut mettre en lien avec l'étape suivante de mise en balance des droits :

« Une [prohibition absolue du port du kirpan] empêche la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité et le développement d'une culture éducationnelle respectueuse des droits d'autrui. [...]

79. La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Au contraire, le fait de prendre une mesure d'accommodement en faveur [du requérant] et de lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent »¹⁸³⁵.

La mise en avant de l'accommodement raisonnable comme le fer de lance du multiculturalisme canadien¹⁸³⁶ y est clairement assumée et annoncée.

¹⁸³³ J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill Law Journal*, 1997-1998, n° 43, p. 325 (voir p. 360).

¹⁸³⁴ CSC, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, § 76.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, § 78-79.

¹⁸³⁶ M. SUHAS, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011, p. 205.

394. La dilution de l'égalité dans la liberté de religion. Ce procédé a eu pour conséquence celle de renforcer la protection accordée à la liberté de religion. En l'espèce, l'interprétation de l'atteinte minimale à la lumière de l'obligation d'accommodement raisonnable a mené la Cour à la conclusion selon laquelle il n'existait aucune justification suffisante à l'interdiction du port du kirpan à l'école... dès lors qu'il existait une possibilité d'accommodement, de nature à permettre une atteinte minimale à la liberté de religion du requérant. Le problème de cet angle interprétatif est double.

395. D'abord, comme le souligne Louis-Philippe LAMPRON, il conduit à mélanger, dans les litiges portant sur l'appréciation de la liberté de religion, le raisonnement en matière d'égalité (technique des accommodements raisonnables) et celui propre aux autres libertés individuelles (test de *Oakes*)¹⁸³⁷. La liberté de religion s'en trouve certes renforcée effectivement par les exigences du principe d'égalité ; mais dans le même temps, une telle posture introduit une perméabilité et un chevauchement des mécanismes de protection inhérents à chacune de ces deux dispositions. Cela avait déjà été souligné par les juges DESCHAMPS et ABELLA dans l'arrêt *Multani* ; partiellement dissidents, ceux-ci avaient souligné l'inadéquation de l'emploi d'une grille d'analyse spécifique au droit constitutionnel (le test de *Oakes*) à une décision rendue par un organisme administratif, même lorsque les droits de la personne sont mis en cause, et en dépit de la nature essentiellement privée de l'accommodement raisonnable¹⁸³⁸. En ce sens, tandis que dans le champ constitutionnel, l'examen de l'atteinte minimale repose sur l'intérêt général de la société, l'analyse propre aux accommodements raisonnables tient compte des circonstances précises de chaque espèce. Pour les juges, la confusion des deux démarches est à éviter dans la mesure où elles ne sont ni sur la même échelle, ni au même niveau : « L'analyse propre au droit administratif est microcosmique alors que celle du droit constitutionnel est généralement macrocosmique. Les valeurs en jeu peuvent différer »¹⁸³⁹. D'après les juges, l'incohérence de méthode judiciaire produite par la confusion des deux démarches n'agirait qu'au détriment de l'exercice des droits de la personne¹⁸⁴⁰. Certaines décisions ultérieures font preuve d'un scepticisme semblable, et témoigneront selon la doctrine d'une remise en cause de la fonction et des effets de l'accommodement raison-

¹⁸³⁷ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 185, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00862072/document>>.

¹⁸³⁸ La jurisprudence des accommodements raisonnables s'est en effet surtout développée dans le contexte de la mise en œuvre des lois sur les droits de la personne, à l'occasion de litiges privés (opinion dissidente des juges DESCHAMPS et ABELLA sous CSC, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, § 130) ; cf. CSC, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et CSC, *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

¹⁸³⁹ Opinion dissidente des juges DESCHAMPS et ABELLA sous CSC, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, § 132.

¹⁸⁴⁰ *Idem.*, § 134.

nable dans le raisonnement judiciaire¹⁸⁴¹. Trois ans après l'affaire *Multani*, la juge en chef MACLACHLIN refusa ainsi de considérer l'accommodement raisonnable comme un corollaire de l'atteinte minimale et de le « substituer à l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes* »¹⁸⁴².

396. Ensuite, parce qu'en liant le mécanisme des accommodements raisonnables dans la méthodologie des droits fondamentaux, et spécifiquement du droit à la liberté de religion, au nom de la promotion du multiculturalisme canadien, la Cour suprême est peut-être allée un peu trop loin dans la valorisation de cette philosophie politique. Au Québec, l'affaire aurait été à l'origine de la première « crise des accommodements raisonnables »¹⁸⁴³ qui sont apparus comme susceptibles de promouvoir un multiculturalisme trop protecteur des identités et attentatoire aux valeurs québécoises fondamentales – comme la laïcité et l'égalité hommes-femmes –, donc de menacer l'équilibre interculturel que la province s'efforce de construire. En effet, le Québec résiste à sa manière au modèle canadien en cherchant à préserver un modèle à cheval entre le multiculturalisme et le républicanisme¹⁸⁴⁴. En réalité, ce sont au moins soixante-treize cas, recensés par la Commission BOUCHARD-TAYLOR, qui seraient à l'origine de cette crise. Tous, pourtant, s'intègrent dans un débat qui s'est progressivement teinté de politique suite à la médiatisation de certaines affaires (dont l'affaire *Multani*) et qui a contribué à nourrir un sentiment de méfiance, voire d'injustice d'une partie de la population se sentant lésée par des accommodements perçus comme des « privilèges », un manque de respect, voire un signe de mépris envers la société d'accueil¹⁸⁴⁵.

397. L'emploi des accommodements raisonnables dans le régime de la liberté de religion. Pour autant, la pratique des accommodements raisonnables dans le domaine de la liberté de religion n'a pas été abandonnée. Elle s'est au contraire pérennisée, ainsi qu'en témoigne le raisonnement adopté par les juges de la Cour Suprême dans l'affaire *R. c. N.S.*¹⁸⁴⁶. En l'espèce, la requérante accusait son cousin et son oncle d'agression sexuelle. Lors de l'enquête préliminaire elle

¹⁸⁴¹ V. en ce sens, M. SUHAS, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », préc.

¹⁸⁴² CSC, *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, (2009) 2 R.C.S. 567, § 71.

¹⁸⁴³ Sur la chronologie de la première crise des accommodements raisonnables, v. G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, Rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, 2008, p. 43s.

¹⁸⁴⁴ Cf. M. SUHAS, *op. cit.*

¹⁸⁴⁵ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *op. cit.*, p. 53 ; v. ég. p. 67 et s. pour des exemples de réactions hostiles aux accommodements exprimées dans la société québécoise et recensées par la Commission (du type : « la vague d'accommodements est incontrôlable », les immigrants demandeurs font « preuve d'acharnement, d'intolérance », ils « rejettent les règles de notre société » et « mettent en péril la culture francophone québécoise » ; le résultat de ce qui est perçu comme une atteinte aux valeurs et aux traditions est, indique le rapport, « un sentiment d'humiliation »).

¹⁸⁴⁶ CSC, *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726.

s'était présentée pour témoigner couverte d'un niqab que le juge en charge lui somma de retirer. La plaignante avait contesté cette décision devant les juridictions ontariennes, puis devant la Cour Suprême du Canada. Les juges devaient alors se livrer à l'analyse délicate de la rencontre de deux droits fondamentaux : la protection de la liberté de religion de la requérante, qui s'incarnait dans le port d'un vêtement religieux, et le droit à un procès équitable, la possibilité d'analyser l'expression du visage d'un plaignant étant considérée comme essentielle pour que le témoignage soit apprécié par les tribunaux. L'équité du procès était en cause car, de l'avis de la juge en chef, « il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable »¹⁸⁴⁷. La démarche de l'accommodement raisonnable y fut explicitement employée pour procéder à la recherche de la conciliation de ces deux droits dans le cadre du procès, et d'éviter le conflit qui les oppose. En l'occurrence, la juge MACLACHLIN indiquait que :

« La solution ne consiste pas à exclure la religion de la salle d'audience, à transformer celle-ci en un espace "neutre" où les témoins doivent laisser de côté leurs convictions religieuses. La solution ne consiste pas non plus à faire abstraction du lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès, et à conclure que le témoin peut toujours porter son niqab lors de sa déposition. La solution consiste plutôt à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion, d'une part, et l'équité du procès, d'autre part, eu égard à l'affaire particulière dont la Cour est saisie »¹⁸⁴⁸.

Sans faire référence à l'arrêt *Multani*, mais en se fondant sur les arrêts *Dagenais*¹⁸⁴⁹ et *Mentuck*¹⁸⁵⁰, la juge en chef indiquait qu'il convenait, lorsque deux droits concurrents entrent en jeu, de se demander s'il existe des mesures raisonnables qui permettraient d'éviter complètement le conflit¹⁸⁵¹. La solution respectueuse de chacun des droits concurrents s'incarnait alors dans les *accommodements*¹⁸⁵². Ce n'est que lorsqu'il est impossible d'éviter le conflit que doit être opérée une mise en balance des droits par la comparaison des effets bénéfiques et préjudiciables qu'engendrerait la restriction de la liberté de religion (en l'espèce, l'interdiction de porter le niqab). À aucun moment de la décision il n'est fait référence au principe d'égalité, ce qui soutient la pénétration des accommodements raisonnables dans le régime de la liberté de religion. Ils se présentent finalement comme un instrument central du raisonnement judiciaire dans le contentieux de la liberté de religion au Canada.

¹⁸⁴⁷ CSC, R. c. N.S., 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, § 27.

¹⁸⁴⁸ *Idem*, § 31 (nous soulignons).

¹⁸⁴⁹ CSC, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835.

¹⁸⁵⁰ CSC, R. c. *Mentuck*, [2001] 3 RCS 442.

¹⁸⁵¹ CSC, *Dagenais*, préc., p. 878.

¹⁸⁵² CSC, R. c. N.S., préc., § 32. En l'espèce, la solution fut trouvée par les juges de première instance qui, tout en considérant qu'il était indispensable pour l'équité du procès de voir le visage de la plaignante, l'accommodèrent en limitant le contact visuel au juge, aux avocats, aux accusés et au personnel de la cour, tout en plaçant le public dans une autre salle retransmettant l'audience, la plaignante n'étant filmée que de dos.

398. Somme toute, l'accommodement raisonnable qui est, à l'origine, un outil du droit à la non-discrimination serait devenu le corollaire de l'effectivité de la liberté de religion. Cette interprétation conjointe révèle un point commun avec le droit européen des droits de l'homme et les obligations positives qu'il impose aux États dans la garantie de la liberté de religion. Le remède à cette confusion pourrait cependant résider dans un changement de perspective destiné à mieux isoler les deux concepts et par conséquent délimiter leurs mises en œuvre respectives : à la subjectivation de la liberté de religion doit s'associer l'objectivation de la discrimination religieuse (II).

II. L'OBJECTIVATION DE LA DISCRIMINATION RELIGIEUSE

« Groupe [n.m.] : Ensemble de personnes ayant des caractéristiques en commun (indépendamment de leur présence au même endroit) »¹⁸⁵³.

399. **La discrimination, une logique de groupe.** Cette proposition est inspirée d'une distinction proposée par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, selon qui le droit de la non-discrimination présuppose qu'on accepte l'idée que la religion rentre dans les logiques de domination et d'inégalités sociales dans notre société ; mais aussi qu'on accepte d'intégrer la notion de « groupe » dans le raisonnement juridique (il faut bien apparenter une personne à un groupe pour apprécier la discrimination)¹⁸⁵⁴. Partant, les développements subséquents se construiront sur le postulat selon lequel le droit de la non-discrimination suit une logique de groupe : quoique l'affiliation à un groupe résulte de la liberté individuelle, la discrimination naît de l'objectivation par autrui de cette affiliation pour en faire résulter une différence de traitement illégitime. À l'inverse, la liberté de religion s'oriente sur la protection des convictions religieuses de l'*individu* qui demeure le point focal de l'analyse. Si la liberté de religion protège un choix individuel, la subjectivation est nécessaire.

« Il existe une différence significative entre la liberté religieuse, qui protège l'autonomie individuelle en matière spirituelle, et l'égalité religieuse, qui porte davantage sur la reconnaissance de l'identité et de l'appartenance de l'individu à une communauté de foi et qui présente donc un aspect collectif »¹⁸⁵⁵.

400. **Les discriminations contre l'individu en raison de son appartenance religieuse.** Le contentieux de la non-discrimination est le contentieux privilégié de la prise en compte par les

¹⁸⁵³ *Le Petit Robert de la langue française*, v. « groupe ».

¹⁸⁵⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Discriminations et fait religieux. Enjeux », in *Discriminations & fait religieux*, colloque organisé dans le cadre du projet GIP - La laïcité dans la justice, Lyon 3, 30 mars 2018 (dir. M.-L. BASILIEN-GAINCHE).

¹⁸⁵⁵ J. WOERHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 116 (voir p. 119, note 9).

juridictions judiciaires de « l'appartenance religieuse » d'un individu. L'appréhension de cette dimension communautaire est non seulement nécessaire, mais de surcroît tacitement admise dans le droit de la non-discrimination dès lors que l'égalité devant la loi est assurée « sans distinction d'origine, de race ou de religion »¹⁸⁵⁶. L'ensemble de ces critères de distinction renvoie en effet à des groupes de personnes objectivement identifiés¹⁸⁵⁷ et envisagées en tant que groupe en raison de caractéristiques communes. Cette prise en considération tend à protéger l'individu contre une différence de traitement qui aurait été opérée parce qu'il se revendique ou est identifié à un certain groupement de personnes ou à une certaine communauté : le droit de la non-discrimination s'apprécie à l'aune des appartenances.

401. Aussi, les dispositions européennes en matière de non-discrimination font-elles référence à la religion (ou à l'appartenance à une religion) davantage qu'aux convictions religieuses – personnelles – de l'individu¹⁸⁵⁸. Ce qui importe en effet dans la caractérisation d'un traitement différencié motivé par des considérations liées à la religion ou à l'appartenance religieuse, c'est moins comment l'individu se perçoit que la façon avec laquelle une personne extérieure le catalogue (ce que l'on peut désigner comme un « ressenti d'appartenance »¹⁸⁵⁹). Peu importe qu'il se sente athée s'il renvoie l'image d'un catholique, d'un juif ou d'un musulman. Peu importent ses pratiques individuelles s'il se revendique d'un groupement déconsidéré ou inquiétant. La discrimination « est le fait d'un agent »¹⁸⁶⁰, elle ne dépend pas de l'intéressé.

402. Les Témoins de Jéhovah souffrent particulièrement de ce genre de discriminations issues de préjugés. Il est par exemple arrivé que des autorités refusent d'attribuer l'autorité parentale à

¹⁸⁵⁶ Article Premier de la Constitution française de 1958.

¹⁸⁵⁷ L'adverbe « objectivement » doit ici s'entendre non pas en tant que synonyme d'impartial, mais comme « d'une manière objective », c'est-à-dire « en tant qu'objet, indépendamment de l'esprit du sujet » (*Le Petit Robert de la langue française*, v. « objectivement »).

¹⁸⁵⁸ Cf. Art. 14 de la Conv. EDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » (nous soulignons) ; art. 1^{er} de la Directive 2000/78/CE du 27 nov. 2000. V. aussi par exemple, l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui punit d'un an d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende ceux qui « auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (nous soulignons). Il en va de même pour la diffamation (art.32) et l'injure (art. 33). Sur l'injure de l'article 33, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 05-15822 et 05-16001 : « la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse » (nous soulignons). En revanche, le droit du travail fait mention des convictions religieuses, cf. art. L. 1132-1 du Code du travail.

¹⁸⁵⁹ Selon l'expression de M.-A. VALFORT, « Discriminations religieuses à l'embauche, une réalité », *Étude réalisée par l'Institut Montaigne* (octobre 2015).

¹⁸⁶⁰ D. LOCHAK, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, 2003-2004, n° 48, p. 13.

un parent en raison de son appartenance à ce mouvement religieux. Tel était le cas soumis à la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Hoffmann c. Autriche*¹⁸⁶¹. Celle-ci avait alors rappelé le principe selon lequel « on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion »¹⁸⁶², et constaté qu'en l'espèce une différence de traitement découlait de l'appartenance religieuse de la requérante et non pas, ce qui aurait justifié la mesure, de ses qualités de mère et de ses capacités à protéger l'intérêt de son enfant. Cette posture fut réitérée dans l'arrêt *Palau-Martinez c. France*, où la Cour constata une différence de traitement injustifiée fondée sur la religion suite au placement des enfants chez le père, la mère étant Témoin de Jéhovah. À ses yeux, les juridictions françaises avaient opéré entre les parents « une différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion »¹⁸⁶³. Le problème en l'espèce tenait au fait qu'aucun « élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants »¹⁸⁶⁴ n'avait été soulevé par les autorités nationales. Une mesure analogue aurait cependant pu être justifiée si elle avait été motivée, non par la seule identité confessionnelle de l'individu, mais par ses pratiques religieuses concrètes, et à condition qu'il existe des preuves tangibles que ces pratiques ont un impact négatif sur les enfants¹⁸⁶⁵.

403. L'adoption d'un tel prisme interprétatif de l'article 14 ressort également du raisonnement suivi dans l'arrêt *Izzettin Dogan c. Turquie*¹⁸⁶⁶, où l'analyse est déplacée sans ambages d'une acceptation individuelle de la pratique religieuse (qui correspondait à la conception turque du service public religieux en question) à un référencement en termes d'appartenance à une communauté religieuse (la communauté alévie). Se livrant à l'analyse de l'article 14 combiné à l'article 9, la Cour remarque d'abord qu'en Turquie le service public religieux est dispensé en fonction de la conviction religieuse de ses usagers, et en particulier de la manière dont ceux-ci conçoivent et pratiquent leur religion¹⁸⁶⁷. À ce titre d'ailleurs, elle relève que la confession alévie constitue sans nul doute une « conviction religieuse profondément enracinée dans la société et l'histoire turques »¹⁸⁶⁸, mais que les prestations offertes dans le cadre du service public religieux s'adressent avant tout aux

¹⁸⁶¹ Cour EDH, *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n° 12875/87.

¹⁸⁶² *Ibid.*, § 36.

¹⁸⁶³ Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01, § 38.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, § 42.

¹⁸⁶⁵ Cour EDH [déc.], *Deschomets c. France*, 16 mai 2006, req. n° 31956/02 ; Cour EDH, *Ismailova c. Russie*, 29 nov. 2007, req. n° 37614/02, § 62.

¹⁸⁶⁶ Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, § 168.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, § 169.

adeptes de la conception de la religion musulmane retenue par les autorités nationales¹⁸⁶⁹. Il n'est question ici que d'interprétations religieuses, de systèmes de croyances (le Gouvernement avançait d'ailleurs qu'il n'était pas scientifiquement possible de considérer la confession alévie comme une école théologique, ce qui interdisait qu'elle soit placée dans une situation comparable à la branche sunnite de l'islam), mais pas de *communautés*. C'est pourtant ce critère qui permet à la Cour EDH de placer les alévis dans une situation comparable aux bénéficiaires du service public religieux, et donc de conclure à une différence de traitement lui permettant de se prononcer sur l'article 14. Elle note en effet que « quelle que soit la place de la confession alévie dans la théologie musulmane, [...] [celle-ci] représente *une importante communauté* – à laquelle appartiennent les requérants » et qu'« il s'agit d'une communauté religieuse qui a des caractéristiques distinctives dans de nombreux domaines, notamment la doctrine théologique, les principales pratiques religieuses, les lieux de culte et l'éducation. Les besoins de ses adeptes en matière de reconnaissance et de prestation d'un service public religieux relatif à leur communauté apparaissent [donc] comparables à ceux pour qui les services religieux sont considérés comme un service public »¹⁸⁷⁰.

En l'occurrence, la logique communautaire qui domine l'analyse de la discrimination est une question d'angle d'approche. La discrimination religieuse à l'égard d'une personne est constatée par un référencement en termes de communauté religieuse d'appartenance : c'est parce que le requérant est membre d'un groupement de personnes, souvent une minorité (les Témoins de Jéhovah, les alévis, etc.), qu'il a subi un traitement différencié ; et c'est pour cette raison que ce traitement sera considéré comme discriminatoire au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme.

404. En France, les contentieux privilégiés de la discrimination religieuse sont le droit pénal et le droit du travail. Or, si l'objet est le même – l'interdiction de la discrimination – ces deux domaines ne touchent *a priori* pas tout à fait au même objet, révélant une logique à deux vitesses. Le droit pénal français s'est doté relativement tardivement d'outils de répression des discriminations¹⁸⁷¹. Depuis la réforme de 1992, la sanction pénale des discriminations est régie par l'article 225-1 du Code pénal. Depuis, cet article a été modifié par sept lois différentes et réprime un très grand nombre de discriminations (l'article 225-1 actuel en compte dix-sept). La discrimination religieuse y figure évidemment. Elle s'articule selon une logique d'*appartenance* « vraie ou supposée » à « une religion déterminée ». Cette logique d'appartenance se manifeste par exemple dans le

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, § 168.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, § 169 (nos italiques).

¹⁸⁷¹ Il a en effet fallu attendre la loi du 1^{er} juillet 1972 pour que soit réprimée pénalement la discrimination raciale.

cadre des discriminations religieuses à l'embauche au sens de l'article 225-2-5° du Code pénal¹⁸⁷². Sur ce point d'ailleurs, une étude de l'Institut Montaigne a révélé, grâce à un *testing* sur CV¹⁸⁷³, une forte discrimination à l'égard des juifs et des musulmans. Ces derniers auraient « deux fois moins de chances d'être contactés par les recruteurs que les catholiques »¹⁸⁷⁴.

En droit du travail, bien que l'emploi soit « un domaine d'élection des discriminations »¹⁸⁷⁵, le dispositif légal en la matière ne renvoie initialement pas du tout à ce prisme communautaire. Le dispositif, composé d'un ensemble complexe de textes légaux qui coexistent, voire se superposent, sans toutefois se contredire¹⁸⁷⁶, n'envisage pas immédiatement la discrimination religieuse en termes d'appartenance (comme c'est pourtant le cas en ce qui concerne l'ethnie, la nation ou la race), mais du point de vue des *convictions religieuses*¹⁸⁷⁷. Ce n'est qu'avec la loi du 27 mai 2008 qu'il sera fait référence à l'appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue religion¹⁸⁷⁸. En la matière, on remarque que la discrimination religieuse est généralement étroitement corrélée à des restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses¹⁸⁷⁹ (ce qui nous interroge quant à la nature de la discrimination indirecte : n'est-elle pas, finalement, un « dommage collatéral » aux ingérences dans la liberté de religion dans le milieu du travail ?). Néanmoins, cette corrélation est logique et permet d'éclairer la perspective individuelle qui régit les discriminations religieuses dans l'emploi : la mesure restreint la liberté religieuse du salarié qui manifeste ses convictions, mais le motif sous-jacent à cette restriction révèle une logique de groupe puisque

¹⁸⁷² V. par ex. TGI Paris, 19 déc. 1991, *Gaz. Pal.* 1996.1. Somm. 51 : est un offre conditionnelle fondée sur l'appartenance à une religion déterminée l'annonce ainsi libellée : « dentiste française sœur musulmane récemment diplômée recherche dentiste musulman(e) pour remplacement ou collaboration ». Pour le TGI, l'élément matériel de l'infraction est caractérisé par la réalité résultant des termes mêmes de l'annonce d'un choix discriminatoire fondé sur la religion par l'exclusivité accordée dans l'annonce aux adeptes de l'islam.

¹⁸⁷³ Cette pratique de « vérifications à l'improviste » a été admise comme moyen de preuve d'éventuelles discriminations : Cass. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85559, RSC 2002, 879, obs. J.-F. RENUCCI, *RTD civ.* 2002.498, obs. MESTRE et FAGÈS ; v. ég. L. COLLET-ASKRI, « Testing or not testing ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.*, 2003, Chron. 1309.

¹⁸⁷⁴ M.-A. VALFORT, « Discriminations religieuses à l'embauche, une réalité », *Étude réalisée par l'Institut Montaigne (octobre 2015)*, en ligne : <<https://www.institutmontaigne.org/publications/discriminations-religieuses-lembauche-une-realite>>.

¹⁸⁷⁵ J.-Y. FROUIN, « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 37, en ligne sur le site du DDD.

¹⁸⁷⁶ *Idem.*

¹⁸⁷⁷ V. par ex. les articles L. 1132-1 et L. 1321-3, 3° du Code du travail.

¹⁸⁷⁸ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 1^{er}, al. 1.

¹⁸⁷⁹ V. *supra* n° 382s. V. par ex. CJUE, *Samira Achitba*, 14 mars 2017, C-157/15, *JCP S* 2017, 1105, note B. BOSSU : l'interdiction de tout signe politique, philosophique ou religieux sur les lieux de travail ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions. En revanche, une telle règle est susceptible de constituer une discrimination indirecte s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données [...]. La CJUE considère d'ailleurs, à la lumière de la CEDH et de la Charte des droits de l'UE, que le terme « religion » doit se comprendre comme couvrant tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse (v. § 28, v. ég. CJUE, *Asma Bougnaoui*, 14 mars 2017, C-188/15, § 30). V. ég. Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, *JCP S* 2014, 1287 note B. BOSSU : est justifié le licenciement pour faute grave d'une salariée qui a refusé d'accéder aux demandes licites de son employeur de s'abstenir de porter son voile et s'est livrée à des actes d'insubordination répétés et caractérisés décrits dans la lettre de licenciement et rendant impossible la poursuite du contrat de travail.

bien souvent, ce n'est vraisemblablement bien souvent pas le signe lui-même qui dérange mais ce qu'il renvoie (c'est-à-dire une appartenance religieuse).

« Certains motifs caractérisent l'état des personnes, le sexe, la race, l'origine ethnique, le patronyme, l'âge. D'autres concernent une action, une activité comme l'activité syndicale. Certains motifs comme les opinions politiques, les convictions religieuses s'analysent en lien avec l'exercice des libertés publiques. Ils impliquent une action, une affirmation comme la liberté d'expression, la liberté syndicale, la liberté religieuse »¹⁸⁸⁰.

405. La prise en compte du caractère vulnérable de certains groupes. Le prisme de l'appartenance religieuse se dessine également lorsque la personne se plaignant d'un traitement discriminatoire appartient à une communauté considérée comme vulnérable. Lorsque tel est le cas, la Cour européenne des droits de l'Homme ne cache pas leur prêter une attention particulière, considérant qu'ils ont « besoin d'une protection spéciale »¹⁸⁸¹. Aussi, lorsqu'une restriction d'un droit fondamental s'applique à un groupe particulièrement vulnérable, qui a souffert d'une discrimination significative par le passé, la marge d'appréciation des États est substantiellement réduite. La Cour explique cette approche par le fait que ces groupes ont historiquement fait l'objet de traitements défavorables aux conséquences durables, qui ont abouti à leur exclusion de la société. De tels traitements, ajoute-t-elle, peuvent être dus à une législation appliquée à *tous les individus de manière stéréotypée* sans possibilité d'évaluer *de manière individualisée* leurs capacités et de leurs besoins¹⁸⁸². Parmi ces groupes vulnérables, figurent par exemple les roms¹⁸⁸³, les personnes mentalement handicapées¹⁸⁸⁴, les séropositifs¹⁸⁸⁵, les demandeurs d'asile¹⁸⁸⁶, et, *mutatis mutandis*, les femmes¹⁸⁸⁷ ou les personnes homosexuelles¹⁸⁸⁸. La nature individuelle du droit de la non-discrimination n'est pas remise en cause. Encore une fois, tout est question de prisme. Comme l'a d'ailleurs indiqué la Cour EDH :

¹⁸⁸⁰ M.-T. LANQUETIN, « Discrimination », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 108.

¹⁸⁸¹ Cour EDH [G.C.], *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n° 15766/03, § 147.

¹⁸⁸² Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n° 38832/06, § 42 ; Cour EDH, *Novruk et autres c. Russie*, 15 mars 2016, req. n° 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14, § 100.

¹⁸⁸³ Cour EDH [G.C.], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, § 209 ; Cour EDH [G.C.], *Oršuš et autres c. Croatie*, préc.

¹⁸⁸⁴ Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, préc., spéc. § 42.

¹⁸⁸⁵ Cour EDH, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, req. n° 2700/10, spéc. § 48 ; Cour EDH, *I.B. c. Grèce*, 3 oct. 2013, req. n° 552/10 ; Cour EDH, *Novruk et autres c. Russie*, préc.

¹⁸⁸⁶ Cour EDH [G.C.], *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janv. 2011, req. n° 30696/09.

¹⁸⁸⁷ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 78 : la Cour n'indique pas explicitement que les femmes représentent un groupe vulnérable. Cependant, elle réduit considérablement la marge de manœuvre des États en considérant qu'étant donné que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe, « seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe » (la formulation est la même que pour les groupes vulnérables).

¹⁸⁸⁸ Cour EDH [G.C.], *E.B. c. France*, 22 janv. 2008, req. n° 43546/02, § 91 : « Lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8 ».

« Bien que l'affaire en cause concerne la situation individuelle de chacun des quatorze requérants, la Cour ne saurait faire abstraction de ce que ceux-ci appartiennent à la minorité rom. C'est pourquoi elle tiendra compte dans son analyse de la situation particulière de la population rom. Comme elle l'a noté dans des affaires précédentes, du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable »¹⁸⁸⁹.

La perspective communautaire adoptée dans le droit de la non-discrimination est enrichie et corroborée par le développement, en droit européen des droits de l'homme comme en droit français, de l'acceptation et du développement des discriminations collectives.

406. Le développement des discriminations collectives. Bien que l'on ait écrit à propos de la CEDH qu'elle invitait à une conception plutôt individualiste de la discrimination¹⁸⁹⁰, la Cour est de plus en plus souvent confrontée à des situations de discriminations collectives fondées sur la religion. Dans ce type d'hypothèses, la communauté religieuse constitue un élément de caractérisation de la différence de traitement mais confère aussi aux membres d'un groupe de personnes, *en tant que membres de ce groupe*, le bénéfice du droit à la non-discrimination. Nonobstant quelques signaux annonciateurs en 2005¹⁸⁹¹ et en 2007¹⁸⁹², c'est par l'arrêt *D.H. c. République Tchèque*¹⁸⁹³ que la Cour EDH inaugure les discriminations collectives en droit européen des droits de l'homme¹⁸⁹⁴. Saisie d'une affaire mettant en cause des mesures de placement d'enfants roms dans

¹⁸⁸⁹ Cour EDH [G.C.], *Oršunš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n° 15766/03, § 147 (nous soulignons).

¹⁸⁹⁰ Cf. A. LYON-CAEN, « Propos introductifs », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 17, en ligne sur le site du DDD, p. 18.

¹⁸⁹¹ Cf. Cour EDH, *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), 12 juil. 2005, req. n° 41138/98, 64320/01. La Cour constate que l'origine ethnique des requérants roms semble avoir influencé de manière décisive la durée et l'issue de la procédure interne. Pour la première fois, elle constate une discrimination à l'égard de plusieurs requérants (en l'occurrence, sept). Jusqu'à présent en effet, les cas de discrimination ne concernaient que des requérants individuels.

¹⁸⁹² Cour EDH, *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2017, req. n° 71156/01 : la particularité du raisonnement ici est que sous l'angle de 14 la Cour fait référence aux convictions religieuses mais pas à l'appartenance religieuse. Le nombre de victimes caractérise le caractère collectif de la discrimination plus que l'appartenance à un groupe (v. § 140 : « la Cour constate que, en l'espèce, le refus de la police d'intervenir promptement sur les lieux pour protéger les requérants et les enfants de certains d'entre eux contre des actes de violence religieuse, ainsi que l'indifférence subséquente que les autorités compétentes ont opposée aux intéressés sont en grande partie le corollaire des convictions religieuses des requérants »). Sous l'article 9 en revanche, l'appartenance au groupe figure plus clairement (v. § 133-134 : « En dépit du traitement ainsi subi, les requérants se heurtèrent ultérieurement à l'indifférence totale et à l'inaction des autorités [...] qui, en raison de l'appartenance des intéressés à une communauté religieuse perçue comme dangereuse pour l'orthodoxie chrétienne, ne donnèrent aucune suite à leurs plaintes. [...] Eu égard à ces circonstances, la Cour estime que, par leur inactivité, les autorités compétentes ont manqué à leur obligation de prendre les mesures propres à assurer que le groupe d'extrémistes orthodoxes dirigé par le père Basile tolère l'existence de la communauté religieuse des requérants et permette à ceux-ci d'exercer librement leur droit à la liberté de religion »).

¹⁸⁹³ Cour EDH [G.C.], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00.

¹⁸⁹⁴ Contrairement au Professeur F. SUDRE, qui semble indiquer que la discrimination est collective lorsque la Cour place au cœur de l'appréciation l'appartenance à un groupe (F. SUDRE, « Rapport introductif », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 17 (voir p. 44)), il nous semble plutôt que ce critère gouverne le droit de la non-discrimination et que le caractère collectif de la discrimination réside plutôt dans le nombre de victimes, considérées comme telles en tant qu'entité collective (la « communauté rom », les « Témoins de Jéhovah », le « groupe particulièrement vulnérable » des étrangers séropositifs, etc.).

des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles, la Grande Chambre y jugea inutile d'examiner les cas individuels des dix-huit requérants, considérant que « dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire »¹⁸⁹⁵. Ici, l'appartenance à une communauté déjà reconnue comme ayant subi un traitement discriminatoire suffit à exempter les requérants ayant été soumis à la disposition litigieuse de preuve de la discrimination. Leur appartenance au groupe discriminé caractérise la discrimination à leur encontre. La Cour semble introduire une forme de présomption de discrimination illégitime pour tous les membres d'une communauté ayant déjà été considérée comme discriminée par l'application d'une législation.

407. Cette perspective collective a été confortée par la jurisprudence postérieure. Dans une affaire *Begbeluri et autres c. Géorgie*, la Cour était saisie de faits de violence à grande échelle fondés sur des motifs religieux¹⁸⁹⁶. En l'occurrence, le cas concernait quatre-vingt dix-neuf requérants et trente épisodes de violences physiques et d'injures subies par les Témoins de Jéhovah. La Cour relève, chez les autorités géorgiennes, une pratique systématique de tolérance des violences religieuses à l'encontre des Témoins de Jéhovah¹⁸⁹⁷, traduisant une attitude discriminatoire générale¹⁸⁹⁸. Après avoir relevé que « les diverses formes de violence exercées contre les requérants par des agents de l'État ou par des particuliers étaient motivées par une attitude sectaire à l'égard de la communauté des Témoins de Jéhovah, et que ce même état d'esprit discriminatoire constituait le motif principal du manquement des autorités à leur devoir de mener une enquête effective sur ces violences fondées sur des motifs religieux, ce qui confirme que les autorités toléraient cette violence », elle conclut à la violation de l'article 14 combiné aux articles 3 et 9¹⁸⁹⁹. Le raisonnement ici adopté révèle en deux points la logique de groupe qui domine en matière de discrimination : d'abord, par l'admission et la sanction d'une discrimination collective ; ensuite par l'accent mis sur la nature globale de la discrimination en cause, qui visait *les membres de la communauté* des Témoins de Jéhovah en raison de leur appartenance à ce groupe (et non pas de leurs pratiques religieuses individuelles). Précisons tout de même que cette perspective n'enlève en rien aux droits fondamentaux protégés leur nature individuelle : le droit de la non-discrimination s'oppose à l'instauration de tout système multijuridique qui reconnaîtrait aux particuliers « des droits et liber-

¹⁸⁹⁵ Cour EDH [G.C.], *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, § 209.

¹⁸⁹⁶ Cour EDH, *Begbeluri et autres c. Géorgie*, 7 oct. 2014, req. n° 28490/02.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, § 174.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, § 177.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, § 179.

tés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux »¹⁹⁰⁰. Le groupe n'est qu'un angle d'approche. Il n'est pas, et ne doit pas être, une catégorie.

408. Cette logique communautaire a également été initiée en France avec la création, par la loi Justice du XXI^e siècle¹⁹⁰¹, d'une action de groupe en matière de discriminations. L'article 62 de la loi dispose que :

« Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur ».

Si cette perspective est révélatrice, sa traduction légale est pourtant critiquée par une partie de la doctrine en raison de sa nature trop orientée sur le groupe institué. En effet, l'article 63 de ladite loi restreint la qualité pour agir aux seules associations agréées et aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins, dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte. Or, ce « filtre de l'association » peut être perçu comme un frein à l'accès à la justice¹⁹⁰². Sans doute aurait-il été préférable de maintenir la perspective du groupe sans tomber dans nos vieilles habitudes fortement attachées à l'institutionnalisation (en l'occurrence, les associations).

409. Le droit de la non-discrimination se saisit du groupe car le groupe est objectivement identifiable, il se matérialise par l'extériorisation collective d'une particularité. À l'inverse, la liberté de religion peut suivre une perspective individuelle et s'envisager au regard du sujet et de sa propre subjectivité. Cette distinction objectif/subjectif doit être admise et maintenue pour que soit évitée la confusion méthodologique dans la mise en œuvre du droit de la non-discrimination et de la liberté de religion.

*

*

*

¹⁹⁰⁰ Cour EDH [G.C.], *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 119.

¹⁹⁰¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁹⁰² P. EYDOUX, « Allocution de reprise des débats », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 67, en ligne sur le site du DDD, p. 73.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

410. La laïcité comme méthode. Une première étape de l'étude de la faisabilité d'une prise en compte expresse des convictions religieuses par les juges judiciaires passait par la pose des fondations de l'édifice, ce qui revenait à déterminer le socle théorique sur lequel cette prise en compte pouvait être bâtie. À cet égard, le principe de laïcité a été envisagé comme un cadre déontologique au sein duquel la neutralité du raisonnement doit se comprendre en termes d'impartialité. En effet, le rayonnement de la laïcité dans le champ déontologique permet surtout d'élaborer une méthodologie laïque du raisonnement judiciaire dans laquelle le devoir de neutralité du magistrat se comprend davantage en termes d'impartialité que d'abstention. La laïcité n'est pas uniquement « un règlement à appliquer mais bien un principe avec lequel s'expliquer, s'engager, se comprendre »¹⁹⁰³.

« Telle est la tension entre *appliquer* la loi et *s'appliquer* à l'appliquer »¹⁹⁰⁴.

Dans ce cadre, la neutralité du raisonnement judiciaire français revêt une dimension axiologique, et c'est cette qualité axiologique qui différencie la neutralité et la laïcité à la française de certains modèles multiculturels cherchant à valoriser l'intégration des minorités au sein de la société¹⁹⁰⁵. Cependant, ni l'impartialité ni la neutralité ne sont accessibles par l'ignorance du fait religieux : le juge peut-il bien juger s'il ferme volontairement les yeux sur un élément du dossier ? Comme méthode, la laïcité enjoint les tribunaux à argumenter autour de l'élément religieux, à développer une éthique de la discussion dans un cadre collégial, en respectant l'obligation qui incombe aux juges de ne pas révéler leurs propres opinions religieuses, et à la transmettre au sein d'une motivation étayée et autoritative.

411. Liberté de religion et discrimination : une différence de perspective. Une seconde assise théorique à la subjectivisation de la liberté de religion et à la prise en compte expresse des

¹⁹⁰³ J.-P. PIERRON, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les Cahiers de la Justice*, 2018/3, p. 491 (voir p. 494).

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 494.

¹⁹⁰⁵ Récemment, les juges de la Cour Suprême du Canada ont révélé par leurs opinions sous l'arrêt *N.S.*, trois modèles concurrents d'appréhension de la diversité religieuse et culturelle. Bien que la position majoritaire soit celle d'une neutralité axiologique du juge, deux positions concurrentes et dissidentes mettent respectivement en lumière la volonté de faire du juge un acteur de la défense des valeurs fondamentales libérales canadiennes et des minorités religieuses et culturelles ; cf. C. LANDHEER-CIESLAK, « Le juge et la femme voilée : quelle neutralité pour la salle d'audience au Canada et au Québec ? », *JCP A*, 2018, n° 27, 2206.

convictions religieuses des parties dans le raisonnement judiciaire est méthodologique et réside dans la clarification de la distinction entre liberté religieuse et discrimination religieuse. À de nombreux égards, nous avons en effet constaté que les deux droits se rapprochent et se chevauchent ; l'un venant au soutien de l'autre, jusqu'à parfois empiéter sur leur champ d'application respectif. Au Canada par exemple, le rapprochement des protections offertes par les deux droits a mené à une confusion de méthode où les outils du droit de la discrimination sont mobilisés dans des raisonnements menés sous l'angle de la liberté de religion. À ce titre, le fait pour la Cour Suprême d'avoir considéré que la liberté de religion comprenait, implicitement, une exigence d'égalité en matière religieuse¹⁹⁰⁶, a contribué à troubler l'articulation de ces deux droits puisqu'en principe la discrimination religieuse peut exister sans atteinte à la liberté de religion. Pour éviter de telles confusions, il apparaît alors nécessaire de saisir le droit de la non-discrimination dans sa dimension sociale, et la liberté de religion dans ce qu'elle a de plus individuel pour que cette dernière puisse s'émanciper de la dogmatique identitaire. La subjectivisation de la liberté de religion et l'objectivation de la non-discrimination permettent de réaliser cette opération distinctive nécessaire, et d'asseoir théoriquement la prise en compte des convictions religieuses individuelles dans le cadre de la liberté de religion.

¹⁹⁰⁶ Cf. CSC, *Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 R.C.S. 295 : le juge Dickson considère qu'une atteinte à la liberté de religion peut résulter soit d'une coercition étatique qui oblige ou empêche quelqu'un de se conformer à une prescription religieuse, soit d'une inégalité de traitement d'une religion par rapport aux autres (p. 336).

CONCLUSION DU TITRE 1

412. La possible prise en compte judiciaire des convictions religieuses. La pénétration des convictions religieuses de l'individu dans le raisonnement judiciaire est en premier lieu le fruit d'un renversement épistémologique dans la façon d'appréhender la liberté de religion. Née aux États-Unis, adoptée au Canada et exportée dans le droit de la Convention EDH, cette évolution réside dans la subjectivisation de la liberté de religion, c'est-à-dire dans le développement en jurisprudence de la reconnaissance d'une conception personnelle de la religiosité. Selon ce prisme d'analyse, les tribunaux n'envisagent plus nécessairement la religiosité comme un élément objectif à l'aune d'un groupe religieux, mais comme l'expression par l'individu de sa liberté de choix. Il s'agit ainsi d'émanciper le croyant de la communauté à laquelle il se rattache dans la façon de mettre en œuvre la liberté de religion dans un litige. Ce faisant, la méthode et les motivations juridiques s'orientent moins sur la communauté religieuse que sur la croyance individuelle et ce qu'elle représente non pas aux yeux de la communauté, mais à ceux de celui qui s'en revendique. L'appréciation de la liberté de religion passe alors par le prisme de l'individu.

413. À cet égard, l'introduction dans la pensée juridique d'une subjectivisation de la liberté induit une forme de reconnaissance juridique de la normativité individuelle car si l'on s'intéresse à la conviction religieuse, c'est parce qu'elle revêt pour celui qui la détient une force normative qui le pousse à agir conformément à celle-ci. Cette hypothèse éveille chez les juristes positivistes français une crainte : que l'influence américaine et canadienne se concrétise dans notre système juridique avec la substitution du pluralisme juridique à notre système moniste. Pourtant, elle peut aussi s'envisager comme un changement de perspective incontournable dans l'appréhension du religieux ; il s'agit d'adopter une compréhension autoréférentielle de la religiosité, qui n'envisage pas le croyant par son appartenance mais par ses croyances, celles qu'il porte à la connaissance du juge parce qu'il le veut et parce qu'il les invoque au nom de sa liberté de religion. En ce sens, le prisme d'analyse emploie les codes du pluralisme juridique radical – en reconnaissant le pouvoir normatif de la volonté individuelle en matière religieuse – et répond aux finalités du pluralisme compréhensif par le biais d'une démarche intersubjective et dialogique.

414. Mais pour intégrer une telle perspective dans le raisonnement judiciaire français, il était nécessaire de s'interroger sur les possibilités théoriques d'un tel bouleversement et d'une prise en considération assumée des convictions religieuses des justiciables. Est-il envisageable de judiciai-riser les convictions religieuses ? Le principe de laïcité ne s'y oppose-t-il pas ? D'emblée, une réponse s'imposait : le principe de laïcité ne constitue pas un obstacle à la prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires. Mieux, celui-ci en constitue même un cadre déontologique et méthodologique à part entière. Déontologique d'abord, car il enjoint les magistrats à une obligation de neutralité ; une neutralité axiologique qui prend les traits de l'exigence d'impartialité. Le raisonnement judiciaire n'est en effet religieusement neutre que s'il est impartial. Cette impartialité prend la forme d'une prise de distance non envers le religieux en lui-même, mais envers les préjugés du juge : celui-ci travaille avec et sur ses préjugés pour mieux les écarter de sa prise de décision.

« Prendre de la distance avec l'émotion, c'est tenter de prendre une distance avec nous-mêmes. Ce n'est pas refuser l'émotion, c'est reconnaître sa présence et lui donner son nom. Ce n'est pas l'écarter mais l'intégrer, la dépasser »¹⁹⁰⁷.

En ce sens, la laïcité s'envisage aussi comme une méthode : celle qui place l'impartialité au cœur de la fonction de juger, la neutralité axiologique comme moyen d'aborder le religieux et la liberté de religion comme une fin. La neutralisation opérée par la laïcité n'est en effet « pas là pour anéantir mais pour apaiser et protéger les libertés individuelles »¹⁹⁰⁸. Cette protection constitue la finalité courte de la laïcité.

415. Dans le même temps, l'adoption d'une conception subjective de la liberté de religion pour permettre une prise en compte directe des convictions religieuses va de pair avec une clarification méthodologique liée au droit de la discrimination. Tandis que ces deux droits interviennent généralement de concert dans les questions religieuses, il est souhaitable d'éviter leur chevauchement d'un point de vue méthodologique. Il s'agit d'éviter que les raisonnements déployés sous l'angle de la liberté de religion mobilisent des mécanismes inhérents au droit à la non-discrimination religieuse, et *vice versa*. C'est pour cette raison qu'au déploiement d'une logique subjective sous l'angle de la liberté de religion doit être associé le développement d'une logique objective en matière de discriminations : la première s'émancipe de la référence au groupe qui devient alors le prisme d'analyse de la seconde. Ainsi la non-discrimination religieuse suivra-t-elle une logique de la protection de l'individu contre les inégalités inhérentes à son appartenance religieuse, et la liberté de religion empruntera les voies de protection des convictions religieuses individuelles. Par

¹⁹⁰⁷ G. CAPASHEN, « Petites histoires à propos de la juste distance pour juger », *D.*, 2004, p. 2939.

¹⁹⁰⁸ J.-P. PIERRON, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les Cahiers de la Justice*, 2018/3, p. 491 (voir p. 506).

ce biais, les convictions religieuses pourront être intégrées dans le raisonnement et dans la méthodologie judiciaire (**Titre 2**).

TITRE 2 – L’INTEGRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LA METHODE JUDICIAIRE

416. **Élaboration d’une méthode de prise en compte directe des convictions religieuses.**

Une fois que l’on s’est entendu sur la viabilité d’une prise en compte assumée des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire, se pose la question des moyens à disposition des juges pour s’y livrer. Il s’agit d’éclaircir la méthode à suivre pour que les juridictions puissent aborder les questions religieuses de façon harmonieuse et non détournée. En effet, la méthode juridictionnelle de traitement de la liberté de religion manque de clarté. La jurisprudence est irrégulière, la compréhension des principes juridiques tels que celui de laïcité est inégale, voire inexacte, et les enjeux juridiques sont trop souvent mêlés aux enjeux politiques. Il apparaît nécessaire d’éclaircir la méthode à suivre dans les litiges impliquant une référence au religieux. Un raisonnement explicite, clair et encadré constitue ainsi la garantie d’une protection efficace de la liberté de religion. Dans ce cadre, les convictions religieuses constituent en premier lieu un objet de protection juridique (**Chapitre 1**) avant de faire l’objet d’une appréciation juridique (**Chapitre 2**) qu’il est essentiel de comprendre, de maîtriser et de délimiter.

417. Édification. Comme nous l'avons mis en évidence, la liberté de religion est rarement analysée avec une précision pleinement suffisante en jurisprudence, le juge évitant de se glisser dans le domaine du religieux¹⁹⁰⁹. Cette prise de distance s'explique volontiers par le fait qu'une telle caractérisation pourrait se présenter comme impliquant une définition de la religion, ce que la laïcité interdit. Le malaise juridictionnel se ressent surtout au niveau de l'appréciation de l'applicabilité de la liberté de religion. Dans le droit de la CEDH, la situation diverge quelque peu, et quoique la Cour n'ait jamais entendu définir la religion, les organes de la Convention tendent de plus en plus à préciser le champ d'application de l'article 9. Les juges canadiens ont quant à eux mis en exergue des éléments concrets qui, combinés, aboutissent à caractériser la religiosité à l'aune de l'individu, avec l'avantage de proposer une protection beaucoup plus étendue de la liberté de religion que le droit français¹⁹¹⁰.

418. Comment remédier à ces difficultés ? L'établissement d'une méthodologie claire et explicite de la prise en compte des convictions religieuses en tant qu'objet de protection de la liberté de religion est indispensable. Les sections suivantes auront pour objectif celui de détailler la mécanique du jugement à appliquer pour caractériser une « conviction protégée » qui se présente avec une dimension religieuse (au sens courant du terme). Dans l'appréciation de l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion à un cas soumis à son contrôle, le juge judiciaire devrait rechercher si les convictions alléguées relèvent des convictions protégées par ladite liberté. Pour ce faire, le raisonnement serait guidé par une méthode spécifique de qualification juridique des convictions protégées par la liberté de religion (**Section 2**). Cette trame serait en outre menée sur la base d'un principe directeur de l'interprétation selon lequel l'autoréférencement individuel en matière religieuse est le maître mot (**Section 1**).

¹⁹⁰⁹ J. VANDERLINDEN, « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positif, Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 17, p. 47, Bruylant, 2010, p. 47.

¹⁹¹⁰ A. SARIS, « La prise en considération des convictions religieuses par le droit positif au Canada », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs. Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 40, Bruylant, 2010.

SECTION 1 – PRINCIPES MATRICIELS

419. Autoréférencement. L'autoréférencement individuel constitue la traduction de l'individualisation de la religion et de la subjectivisation de la liberté afférente dans le raisonnement judiciaire ; il implique d'admettre que seul l'individu peut décider de se rattacher à un groupe religieux, voire de considérer ses croyances comme religieuses. Il s'agit de déposséder l'observateur extérieur de tout pouvoir de qualification sur l'appartenance ou le caractère religieux des convictions invoquées sous l'angle de la liberté de pensée, de conscience et de religion. La question fondamentale de savoir comment déterminer le caractère religieux d'une conviction revendiquée sans donner dans le même temps à la religion une définition juridique ne se pose donc plus. La conviction ne se comprend juridiquement qu'à l'aune d'un prisme interprétatif fondé sur l'autoréférencement individuel **(I)**. Cependant, l'aspect collectif de la religiosité, l'exercice collectif de la religion ou de la conviction est lui aussi protégé par la liberté de religion. Aussi, l'appartenance religieuse ne pouvant être éludée, peut être employée comme élément facilitant le constat d'applicabilité et constituer une présomption *réfragable* de l'applicabilité de la liberté de religion **(II)**.

I. UN PRISME INTERPRETATIF FONDE SUR L'AUTOREFERENCEMENT INDIVIDUEL

« Le système de valeurs libérales, parce qu'il conduit à accepter une coexistence de valeurs différentes au sein d'une même société, tend nécessairement à accepter la singularité de chaque être humain, tant du point de vue de ses valeurs que de ses comportements »¹⁹¹¹.

420. Les convictions sont pour l'individu plus structurantes que les simples connaissances ou croyances : elles s'entendent alors comme des règles normatives personnelles, qui n'obligent que celui qui se sent tenu de s'y conformer **(A)**. Il en résulte une individualisation du religieux dont la qualification ne relève que de l'intéressé **(B)**. Le premier paragraphe ne constituant pas une étape du raisonnement, nous emploierons l'expression « convictions religieuses » comme un exemple de conviction protégée.

¹⁹¹¹ L. BAKIR, *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, [th. Strasbourg : 2018], p. 56, n° 85.

A. La conviction, une règle normative personnelle

« Croire, c'est en définitive tenir pour vrai ce que l'on ne peut vérifier par ses propres moyens : l'existence de Dieu, mais aussi celle des atomes que nul ne peut voir de ses propres yeux mais dont les physiciens disent qu'ils existent »¹⁹¹².

421. La conviction, une catégorie de croyance par-delà la croyance. Croyance et conviction sont-elles deux notions synonymes ? Les termes sont souvent employés alternativement et le langage courant laisse penser qu'ils sont interchangeables. La croyance s'entend en effet comme une « adhésion de l'esprit qui, sans être entièrement rationnelle, exclut le doute et comporte une part de conviction personnelle, de persuasion intime »¹⁹¹³. La richesse de la langue faisant toute sa subtilité, leurs significations respectives nous ont pourtant parues dissociables et il nous semble voir dans la conviction une forme particulière de croyance. En philosophie, on peut lire chez Victor COUSIN qu'il existe trois degrés de croyance : « l'opinion (Meinen), la foi (Glauben), et la science (Wissen) ». À partir de la philosophie de KANT, il explique que :

« Lorsque notre croyance est telle qu'elle existe non-seulement pour nous, mais pour tout le monde, et que nous avons le droit de l'imposer aux autres, nous avons alors la science ou la certitude. Si la croyance n'est suffisante que pour nous, et que nous ne puissions l'imposer aux autres, c'est la foi ou la conviction. L'opinion est une croyance insuffisante et pour les autres et pour nous-mêmes. La science exclut l'opinion : ainsi dans les mathématiques pures il n'y a point d'opinion ; il faut savoir, ou s'abstenir de tout jugement. Il en est de même des principes moraux : l'opinion que telle ou telle action est permise ne suffit pas, il faut savoir qu'elle l'est. La croyance produite par la raison spéculative n'a ni la faiblesse d'une opinion ni la force d'une certitude : c'est la foi ; telle est l'espèce de croyance que comporte la théologie naturelle »¹⁹¹⁴.

La croyance s'apparente ainsi à un terme générique qui recouvre une multitude de réalités, au nombre desquelles figurent les « convictions ». La teneur individuelle y est une clef de compréhension fondamentale puisque les convictions ne sont suffisantes, pour COUSIN, qu'à une personne *sans qu'elle ne puisse l'imposer aux autres*. Cette conception de la conviction n'est pas étrangère au Droit. Juridiquement, le terme « convictions religieuses » s'est en effet présenté comme la traduction en matière religieuse de l'individualisme juridique survalorisé par la postmodernité¹⁹¹⁵. Elles incarnent chez la personne l'individualisation du croire, et se révèlent être « des valeurs, du

¹⁹¹² C. DUVERT, « La laïcité incertaine. À propos de la question des sectes », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, t. 48, p. 109.

¹⁹¹³ TLFi, v. « croyance ». Pour Marcel GAUCHET, l'expression « croyances religieuses » relève d'une compréhension moderne de la religion qui s'est développée depuis le XIXe siècle (M. GAUCHET, « Le désenchantement désenchanté », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 73, spéc. p. 75).

¹⁹¹⁴ V. COUSIN, *Leçons sur la philosophie de Kant*, 3 éd., Librairie nouvelle, 1857, p. 266.

¹⁹¹⁵ V. *supra* n° 43s.

sens auquel les gens s'attachent et dont, éventuellement, ils tirent des conséquences concrètes »¹⁹¹⁶. Les convictions dépassent alors les croyances par leur dimension normative qui régit les comportements de l'individu (celui-ci se sent tenu de s'y conformer). Parce qu'elle se traduit par des actes, la « conviction religieuse » dépasse la notion de « croyance religieuse », demeurée dans la conscience intouchable et inatteignable de la personne. Dit autrement, les convictions religieuses apparaissent comme « le résultat de l'exercice par chaque être humain de sa spiritualité, et l'illustration de la capacité de ce dernier, à *se soumettre* à un système de références distinct du système juridique, pour orienter, en conséquence, les modalités de son existence »¹⁹¹⁷. En raison de ce degré de fermeté, les convictions se distinguent aussi de la simple pensée, laquelle « vient en premier lieu au niveau le plus général et le plus simple du phénomène psychique », et de la conscience, qui « consiste en un jugement de valeur portant sur l'un des propres actes ou pensées de son auteur »¹⁹¹⁸.

422. De l'autonomie personnelle aux convictions religieuses. Les convictions doivent s'entendre comme une catégorie spécifique de croyances dont la particularité réside dans la valeur normative qu'elles représentent pour l'individu. Cette valeur normative découle de ce que nous avons relevé dans la première partie de cette étude, c'est-à-dire le déploiement de l'autonomie personnelle dans les droits de l'homme depuis les débuts de la modernité. Ce principe d'autonomie va de pair avec l'idée moderne de subjectivité dont il constitue l'une des deux caractéristiques, c'est-à-dire une conception de « la liberté comme autofondation ou comme autonomie, comme capacité à se donner à soi-même la loi selon laquelle agir » ainsi que la « capacité d'être conscient de soi-même »¹⁹¹⁹. Le principe d'autonomie a été appréhendé comme « la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme »¹⁹²⁰, c'est-à-dire sa capacité d'autolégislation¹⁹²¹. La volonté humaine, parce qu'elle est autonome, devient légiférante¹⁹²². Ce *paradigme du sujet* s'est

¹⁹¹⁶ P. ROLLAND, in "L'Europe occidentale et les nouvelles convictions", *Colloque International "Droits de l'homme et liberté de religion : pratiques en Europe occidentale"*, *Conscience et liberté*, 2001, n° 61, p. 89, spéc. p. 94.

¹⁹¹⁷ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 3 (nos italiques).

¹⁹¹⁸ J. VANDERLINDEN, « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positif, Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 17, Bruylant, 2010, spéc. p. 42.

¹⁹¹⁹ A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009, p. 212. V. aussi G. LEBRETON, « Liberté », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al., PUF, 2008 (la liberté s'entend comme un pouvoir d'autodétermination et une sphère d'action) ; I. BERLIN, « Deux conceptions de la liberté », in *Éloge de la liberté (1969)*, Calmann-Lévy, 1990 pour sa distinction entre liberté positive et liberté négative. La notion de capacité ici mentionnée doit être distinguée de la capacité juridique (sur la question de la capacité juridique et des droits fondamentaux, v. G. MILLERIOUX, *Les droits fondamentaux des majeurs vulnérables*, [th. en cours de préparation : Université Jean Moulin Lyon III]).

¹⁹²⁰ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508, spéc. p. 1509.

¹⁹²¹ E. HOUSSET, « La crise de la laïcité et la philosophie », *Vie Sociale*, 2018/1, n° 21, p. 55.

¹⁹²² C'est notamment ce que l'on peut tirer de la pensée kantienne ; v. C. ATIAS, *Philosophie du droit*, 3 éd., PUF, 2012, p. 121.

imposé notamment avec l'idée que notre subjectivité est porteuse de droits et que la notion de « sujet » se pense par rapport à sa propre rationalité. On ne peut que remarquer en ce sens l'importance acquise par le concept d'autonomie personnelle dans les systèmes de protection des droits¹⁹²³. L'autonomie personnelle les irradie. Elle s'inscrit par ailleurs en filigrane de la logique anthropocentriste des textes de protection des droits de l'homme « par le fait qu'elle constitue implicitement mais nécessairement la source de reconnaissance des droits fondamentaux et un objectif à rechercher pour assurer leur protection »¹⁹²⁴. Corollaire de la liberté de choix, cette logique contribue – dans le cadre de la liberté de pensée, de conscience et de religion – à protéger l'individu contre toute tentative d'immixtion de l'État dans son for intérieur. Aussi, la Cour EDH considère-t-elle que « l'État ne peut dicter à l'individu ce qu'il doit croire ou prendre des mesures visant à le faire changer de convictions par la contrainte »¹⁹²⁵, mais aussi que la marge d'appréciation des États est réduite lorsqu'il s'agit de justifier une ingérence dans « the choices that people may make in pursuance of the religious standard of behaviour within the sphere of their personal autonomy »¹⁹²⁶. L'autonomie personnelle a même parfois été valorisée au détriment des références à la morale¹⁹²⁷. Le déploiement de concept d'autonomie personnelle pose ainsi les fondations d'une subjectivation de la liberté de religion – spécifiquement dans le droit européen des droits de l'homme – en ce qu'elle contribue à concevoir cette liberté au prisme de l'individu et de son épanouissement.

423. Dans cette perspective, les convictions (y compris religieuses) s'apparentent à ce que Anne SARIS a qualifié de « normativité religieuse non étatique personnelle (éthique) »¹⁹²⁸. Au Québec, la conviction religieuse est analysée comme une *connaissance religieuse subjectivement obligatoire*¹⁹²⁹, c'est-à-dire une connaissance religieuse à laquelle l'individu se sent tenu de se conformer. Le seul fait de connaître le contenu des dogmes d'une religion déterminée n'en fait pas une conviction si l'intéressé y est indifférent. Les convictions religieuses disposent d'un certain degré d'impérativité aux yeux de l'individu. Partant de là, la religion peut être considérée comme une « sphère de droit

¹⁹²³ V. en ce sens, H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015, p. 74, n° 50s.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, n° 59.

¹⁹²⁵ Cour EDH, *Ivanova c. Bulgarie*, 12 avr. 2007, req. n° 52435/99, § 79 ; Cour EDH, *Mockutė c. Lituanie*, 27 févr. 2018, req. n° 66490/09, § 119.

¹⁹²⁶ Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02, § 119. Nous avons choisi de ne pas traduire la citation pour ne pas en déformer la signification.

¹⁹²⁷ On pense notamment à l'arrêt Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98, 45558/99 ; v. ég. C. NOWLIN, « The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, n° 24, p. 264.

¹⁹²⁸ A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005], p. 1057.

¹⁹²⁹ V. notamment L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 43.

objectif»¹⁹³⁰, et la conviction religieuse comme une « sphère de droit subjectif ». Plus généralement, les convictions constituent un *ordre normatif subjectif*, intérieur, personnel, qui composent dans la conscience de l'individu avec l'ordre juridique étatique, et dont la collision fait naître une forme de « pluralisme individuel »¹⁹³¹.

D'un point de vue théorique, cet ordre normatif subjectif s'intègre dans la théorie du « pluralisme normatif »¹⁹³² qui revient, selon Jean CARBONNIER, à reconnaître l'existence et les effets d'autres normes au sein de la société que celles émanant de l'ordre juridique étatique, mais celles-ci doivent être dépourvues de juridicité. Selon l'auteur, la règle religieuse relève alors du non-droit, c'est-à-dire d'une sphère de normes pouvant régir les rapports entre les individus mais qui se constitue lorsque la pression du Droit est moins importante¹⁹³³. Cela ne signifie pourtant pas que ces deux ordres coexistent sans jamais s'entrechoquer : c'est justement lorsque ces deux ordres se rencontrent de manière incompatible que la situation pathologique menant aux tribunaux émerge. Dans une telle hypothèse, l'ordre normatif subjectif est révélé à l'ordre juridique étatique. Comme l'a à ce titre souligné Jacques VANDERLINDEN, l'utilisation du terme « conviction » reflète l'intérêt « pour une forme de pluralisme juridique dans la vie du droit non seulement en tant que sujet, mais aussi en tant que producteur de droit. Ce rôle complexe est influencé par la multiplicité des composantes de la personnalité de chacun »¹⁹³⁴. Cette perspective inspirée du pluralisme juridique radical doit imbiber le raisonnement juridique puisqu'en se révélant à l'ordre juridique étatique (par le biais des convictions protégées par la liberté de pensée, de conscience et de religion) la conviction – y compris religieuse – est susceptible d'avoir des effets de droit (sa protection au travers de la liberté de pensée, de conscience et de religion, emporte nécessairement des effets juridiques).

424. La question peut dès lors s'envisager à la lumière du droit international privé : le jeu de la protection de la liberté de pensée, de conscience et de religion à une conviction équivaut à donner effet à une norme étrangère à l'ordre juridique étatique, dans la limite du respect de l'ordre public¹⁹³⁵. Plusieurs effets peuvent alors être juridiquement accordés à cette conviction :

¹⁹³⁰ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 440, n° 662.

¹⁹³¹ Selon l'expression du doyen J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., LGDJ, 2014, p. 20. Sur le pluralisme individuel, v. *supra* n° 334s.

¹⁹³² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3 éd., PUF, 2016, p. 315. L'auteur y distingue le pluralisme normatif du pluralisme juridique.

¹⁹³³ Tel est aussi le cas, semble-t-il, au sein de la famille.

¹⁹³⁴ J. VANDERLINDEN, « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positif, Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 17, Bruylant, 2010, spéc. p. 41.

¹⁹³⁵ Ce qui suppose d'inscrire la méthode de raisonnement dans une perspective pluraliste du droit international privé ; sur ce point, v. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, n° 49, p. 275.

« On l'*applique* lorsqu'on lui fait produire les effets qu'elle commande aux conditions qu'elle prévoit ; on *la prend en considération* à l'occasion de l'application d'une autre norme lorsqu'on fait produire aux conditions de la norme prise en compte les effets que commande la norme appliquée »¹⁹³⁶.

À partir du moment où le juge prend en considération l'impact normatif des situations qui façonnent le comportement des parties¹⁹³⁷ (leurs convictions), la liberté de pensée, de conscience et de religion devient, par nature, vectrice de pluralisme intégré.

425. Ce prisme d'analyse centré sur l'individu doit aussi s'envisager à l'aune d'une individualisation corrélative du religieux (**B**).

B. L'individualisation juridique du religieux

« I am the master of my fate, I am the captain of my soul »¹⁹³⁸.

426. Si la religion n'est pas définissable objectivement, pour des raisons de laïcité ou même d'impossibilité, pourquoi ne pas laisser les principaux concernés par le droit à la liberté de religion – les individus – déterminer ce qu'ils considèrent chacun comme religieux ? Cette perspective, celle de la *religion personnelle* s'inscrit dans le droit fil d'une subjectivisation de la liberté de religion et d'une compréhension autoréférentielle de la religion *via* les convictions religieuses. L'individu y est placé au centre de la qualification « religieuse » des convictions qu'il invoque (1). Cette recombinaison paradigmatique peut conduire à une individualisation paroxystique qui dépasse le religieux pour s'orienter vers la « spiritualité » (2).

1. L'individu comme point focal de la caractérisation de la dimension religieuse de sa conviction : la religion personnelle

427. Influences canadiennes. Au Canada et au Québec, l'approche individualiste de la religion est une tendance sociale que les juridictions ont transposée dans le champ juridique en présentant la religion sous la forme d'une définition « autoréférentielle de l'identité religieuse »¹⁹³⁹ de

¹⁹³⁶ D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », préc., spéc. p. 295). Comme le précise l'auteur : « L'idée de disposition d'un ordre juridique à donner effet aux normes d'un autre, et celle d'exception d'ordre public en tant que limite de cette disposition, sont deux des éléments principaux de la théorie pluraliste ».

¹⁹³⁷ C'est l'objet de la thèse d' A. SARIS, *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : McGill (Montréal) : 2005].

¹⁹³⁸ Extrait du poème de W. E. HENLEY, *Invictus*, 1875.

¹⁹³⁹ C. LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », *Les Cahiers de droit*, 2006, n° 4, vol. 47, p. 623 (voir p. 649). La thèse de l'autoréférenciation a aussi

la personne. Le critère de la religion personnelle est le fruit du tournant subjectif canadien qui a été relevé précédemment¹⁹⁴⁰. Depuis l'arrêt *Big M Drug Mart*¹⁹⁴¹, rendu en 1985 par la Cour Suprême du Canada, la jurisprudence a progressivement construit le critère principal d'identification des convictions religieuses comme étant « inextricablement lié à la perspective individuelle de celui/ceux qui détien(nen)t et/ou professe(nt) les “convictions religieuses” dont il est question »¹⁹⁴². Dans un arrêt *Edwards Book*¹⁹⁴³, la Cour Suprême du Canada considéra par exemple que la religion *propre à chaque sujet de droit*¹⁹⁴⁴ se composait « des croyances intimes¹⁹⁴⁴ et profondes qui régissent la perception que l'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent »¹⁹⁴⁵. C'est avec l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹⁹⁴⁶ que le critère de la religion personnelle fut explicitement consacré comme l'une des deux conditions à l'existence d'une conviction religieuse. Dans cet arrêt, la Cour Suprême est même allée encore plus loin dans la subjectivation que dans les solutions précédentes en affirmant expressément que les convictions religieuses ne se limitaient pas à une approche traditionnelle/collectiviste¹⁹⁴⁷. Elle explique ainsi que bien qu'une religion s'entend « typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques » et qu'en outre « une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante », la religion s'entend essentiellement « de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la *foi spirituelle de l'individu* et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci *se définit et s'épanouit spirituellement*, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le

notamment été développée par N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intense. Contributo all'interpretazione repubblicana. Frammento per un progetto di manuale*, Giappichelli, 1990, p. 89s.

¹⁹⁴⁰ V. *supra* n° 295s.

¹⁹⁴¹ CSC, *Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 R.C.S. 295, § 96. Dans cet arrêt, était contestée la validité de la Loi sur le dimanche (qui interdisait le travail le dimanche). V. spéc. les §§ 97 et 98 de l'arrêt : « Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la Loi sur le dimanche exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la Charte et à la dignité de tous les non-chrétiens. En retenant les prescriptions de la foi chrétienne, la Loi crée un climat hostile aux Canadiens non chrétiens et paraît en outre discriminatoire à leur égard. Elle fait appel à des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne et les transforme, grâce au pouvoir de l'état, en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Le contenu théologique de la Loi est un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante. [§ 98] Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. L'État exige de tous qu'ils se souviennent du jour du Seigneur des chrétiens et qu'ils le sanctifient. Or, protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société ».

¹⁹⁴² L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 82.

¹⁹⁴³ CSC, *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

¹⁹⁴⁴ C. LANDHEER-CIESLAK, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », préc., spéc. p. 649.

¹⁹⁴⁵ CSC, *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, préc., § 97 : « profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices » (nous soulignons).

¹⁹⁴⁶ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

¹⁹⁴⁷ Cf. en ce sens, L.-P. LAMPRON, *op. cit.*, p. 85.

sujet ou l'objet de cette foi spirituelle »¹⁹⁴⁸. La notion de « convictions religieuses » renverrait en ce sens à l'adaptation subjective, dans le for intérieur de l'individu, des préceptes et dogmes de sa religion. Elles traduisent la façon dont la personne vit son appartenance religieuse et s'inscrivent ainsi dans une dimension strictement personnelle.

428. Partant de là, les juges ne sont pas amenés à juger de l'existence objective de la croyance puisque l'analyse est orientée sur l'individu¹⁹⁴⁹. De même, le demandeur n'est pas tenu de prouver l'existence objective d'un dogme ou d'un précepte religieux motivant le comportement dont il réclame protection. En ce qu'il exclut toute référence collective dans l'appréhension du religieux, ce critère d'identification de la conviction religieuse procure une solution au problème du recours à des sachants en matière religieuse, problème induit par l'utilisation en droit français des standards juridiques comme outils de qualification juridique détournée du fait religieux¹⁹⁵⁰. En effet, si la religion est personnelle, les tribunaux doivent pouvoir se passer d'une expertise en matière religieuse¹⁹⁵¹ de même qu'ils n'ont pas à déterminer *in abstracto* ce qu'est une religion.

429. Prolongements européens. De façon générale, la Cour EDH retient elle aussi une acception large et subjectivée du caractère religieux d'une croyance invoquée sous l'angle de l'article 9 de la Convention. Le principe de neutralité en matière religieuse qu'elle exige des États et auquel elle s'astreint lui interdit en effet de s'engager dans une discussion portant sur « la nature et l'importance de croyances individuelles, car ce qu'une personne considère comme sacré peut s'avérer absurde ou répugnant aux yeux des autres »¹⁹⁵². Partant de là, « aucun argument juridique ou logique ne peut être invoqué pour contrer l'assertion d'un croyant selon laquelle une pratique concrète constitue un élément important de ses devoirs religieux »¹⁹⁵³. La démarche s'apparente en substance à celle des juges canadiens dès lors qu'il est admis que la protection offerte par la liberté de religion ne se limite ni aux croyances issues des grandes religions, ni à une compréhension restrictive de la religion mais, au contraire, qu'elle peut bénéficier à des convictions que les requérants considèrent eux-mêmes comme étant de nature religieuse. Peu importe dès lors que les convictions invoquées soient inédites ou qu'elles varient de la position officielle d'une

¹⁹⁴⁸ CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., § 39 (nos italiques).

¹⁹⁴⁹ La subjectivisation de l'analyse de la liberté de religion est également employée aux États-Unis d'Amérique, les tribunaux étatsuniens se référant à la conception propre que l'individu se fait de ce que sa religion exige, dans la mesure où cette croyance est sincère, cf. A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28 : « [...] courts are now likewise increasingly deferring to the individual's own conception of what his or her religion entails or demands for as long as that belief is sincerely held ».

¹⁹⁵⁰ V. *supra* n° 229s.

¹⁹⁵¹ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, préc., p. 90.

¹⁹⁵² Cour EDH [déc.], *Skugar et al. c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04.

¹⁹⁵³ *Ibid.*

Église¹⁹⁵⁴. Le simple fait que le requérant croie sincèrement au caractère religieux de sa conviction suffit, sans qu'il n'ait à rapporter l'existence objective d'une religion.

430. Interrogations. Ce critère subjectif induit une interrogation : ne prive-t-il pas les juges de tout pouvoir de contrôle sur l'applicabilité de la liberté de religion ? Pire, n'ouvre-t-il pas la voie à des revendications abusives construites sur une instrumentalisation des critères de la liberté de religion ? Privatisée, la religion ne concerne en effet que « la relation de l'individu avec l'au-delà, à l'exclusion des liens sociaux qui lui ont de tout temps donné son sens »¹⁹⁵⁵. Ces liens sociaux matérialisent la religion. Ils la rendent visible, saisissable, accessible. Priver les juges de ce point d'accroche ne conduirait-il pas à les priver de la possibilité de refuser à une conviction brandie devant eux, son caractère religieux ? Cette interrogation avait jadis été soulevée par les membres de la Commission québécoise de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (dite Commission Bouchard-Taylor) :

« Malgré les avantages qu'elle revêt, la conception subjective de la religion soulève aussi son lot d'interrogations. La plus importante parmi celles-ci concerne la possibilité que la liberté de religion soit invoquée de façon opportuniste ou frauduleuse. Pour justifier une requête, le demandeur, n'ayant pas à prouver l'existence objective de sa croyance, pourrait plus facilement invoquer une croyance religieuse fictive ou une croyance à laquelle il n'adhère pas sincèrement. Cette possibilité est d'autant plus grande que le test de sincérité auquel s'en remettent les tribunaux ne doit pas être trop astreignant et doit admettre que les croyances et la pratique religieuses d'un individu puissent changer avec le temps. La conception subjective de la liberté de religion ne risque-t-elle donc pas d'ouvrir la voie à des abus et à une multiplication incontrôlable des demandes ? »¹⁹⁵⁶.

La Commission considéra que ce problème ne compromettrait pas « de façon décisive » la conception subjective de la liberté de religion, et qu'il n'en était donc pas vraiment un¹⁹⁵⁷. Certains auteurs canadiens n'ont toutefois pas manqué d'insister sur les problèmes subséquents à cette perspective subjective, et notamment sur le fait qu'elle rend « extrêmement difficile toute possibilité d'intervention judiciaire dans le but de valablement évaluer – et, dans certains cas, contredire – la parole d'un requérant qui alléguerait que la croyance (et/ou la pratique qui en découle) qu'il

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ S. LEBEL-GRENIER, « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », in *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, sous la dir. de P. EID, et al., Presses de l'Université Laval / Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au Québec, 2009, p. 123 (voir p. 128).

¹⁹⁵⁶ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, op. cit., p. 176.

¹⁹⁵⁷ *Idem.*

entend faire respecter peuvent, effectivement, être couvertes par la définition de “convictions religieuses” »¹⁹⁵⁸.

Pour autant, les tribunaux québécois ont fait face de manière très pragmatique aux requêtes quérulentes. Dans l'affaire *Narayana* du 6 octobre 2015¹⁹⁵⁹, une demanderesse se disant adepte du Pastafarisme revendiquait le droit d'être photographiée sur son permis de conduire coiffée d'une passoire à pâtes ou d'un chapeau de pirate, ce que la SAAQ (Société de l'assurance automobile du Québec) lui avait refusé. Invoquant son droit à la liberté de religion, la requérante avait inséré sa demande dans le cadre des critères élaborés par la jurisprudence *Amselem* et, comparant sa croyance à celles issues de religions connues, avait déclaré dans son affidavit être convaincue de disposer du même droit à l'expression de ses convictions personnelles et religieuses que quiconque portant une kippa, un hijab ou un turban. La requête fut pourtant déclarée irrecevable par le juge SANSFAÇON qui dénonça, avec un certain agacement, un usage abusif des tribunaux. Pour le juge, le dossier ne soulevait « aucune réelle question de charte »¹⁹⁶⁰. Considérant que l'Église du Monstre de Spaghettis Volant « est un mouvement social qui permet à ceux qui y adhèrent de questionner, bien que de façon particulièrement loufoque, certains des éléments qui constituent l'assise de plusieurs religions »¹⁹⁶¹, le fait pour la requérante d'avoir judiciairisé le refus qui lui avait été opposé n'aurait eu pour effet que de traiter « de façon banale les droits et libertés fondamentaux protégés par les chartes, jusqu'à les rendre insignifiants »¹⁹⁶².

« En l'espèce, la décision de faire émettre cette action a eu comme conséquence qu'une demi-journée du temps de la Cour, du huissier, de la greffière, des avocats et du juge, sans parler de l'accaparement d'une salle de cour du palais de justice, ont dû lui être consacrés alors que les ressources judiciaires sont limitées. Trop de personnes, impliquées dans de véritables litiges soulevant des enjeux susceptibles d'affecter leur vie ou celle de leurs enfants ou leur entreprise, attendent leur tour à la Cour pour qu'on puisse autoriser par le silence la monopolisation de telles ressources afin de faire déterminer si la demanderesse peut se faire photographier portant une passoire à pâtes ou un tricorne de pirate »¹⁹⁶³.

Bien que l'on puisse discuter de la neutralité axiologique du juge dans cette motivation¹⁹⁶⁴, l'arrêt démontre que les juridictions font preuve de prudence dans la caractérisation subjective des con-

¹⁹⁵⁸ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁵⁹ Cour supérieure du Québec, *Narayana c. Société de l'assurance automobile du Québec*, 2015 QCCS 4636.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.* § 27.

¹⁹⁶¹ *Ibid.* § 25.

¹⁹⁶² *Ibid.* § 27.

¹⁹⁶³ *Ibid.* § 30, nous soulignons.

¹⁹⁶⁴ Le juge dénonce la « frivolité » de la requête et se montre très critique à l'endroit du Pastafarisme. Toutefois, il faut relativiser cette critique dès lors qu'il semble reconnaître une protection aux idées défendues par les adeptes de cette Église sous l'angle de la liberté d'expression. *Cf.* § 26 : « Il est possible qu'un ou des « pastafariens », qui utilisent la moquerie afin d'atteindre leurs objectifs, puissent éventuellement être visés par des poursuites pénales, par

victions religieuses et n'accordent pas une portée absolue au champ d'application de la liberté de religion subjective¹⁹⁶⁵. Néanmoins, se pose aussi la question d'une individualisation qui est telle qu'elle a pour conséquence de transférer le religieux vers le spirituel (2).

2. L'individualisation à son paroxysme : le transfert du religieux vers le spirituel

« Une certaine polarisation commence à se dessiner entre une spiritualité perçue comme *positive*, personnelle, impliquant l'autonomie du sujet, et une religiosité négative, traditionaliste, liée à l'aspect organisationnel de la religion, donc peu stimulante pour la créativité »¹⁹⁶⁶.

431. De la question terminologique à l'évolution paradigmatique. Puisqu'elles sont centrées autour de l'individu et de sa propre perception, les convictions protégées ne concernent-elles pas les convictions qui se rapportent à la spiritualité ? Le spirituel n'est-il pas en passe de remplacer le religieux ? Cette question sémantique renvoie à une interrogation qui s'est manifestée en sciences des religions à l'ère du « post ». Le contexte postmoderne a en effet largement contribué au renouvellement sémantique du terme « religion » au profit d'une terminologie alternative renvoyant notamment à la « spiritualité ». Celle-ci s'est imposée comme un concept clef des théories de la postmodernité religieuse¹⁹⁶⁷, tant et si bien que certains auteurs ont évoqué un « tournant spirituel »¹⁹⁶⁸ – d'ordre paradigmatique – qui dépasserait la simple question terminologique :

« Ou comment un changement terminologique, dans ce cas, engendre ou accompagne un changement paradigmatique : parce que le monde “post” n'est plus religieux comme il l'était auparavant (institutionnellement, idéologiquement, politiquement...), mais l'est quand même sous des formes différentes (individualisées, partiellement sécularisées, dé-théologisées, dé-dogmatisées...), il fallait bien trouver un substitut à la religion qui s'applique à des régimes de croyance ou d'adhésion qui participent de la religion sans en revêtir les atours les plus “traditionnels” (formes dogmatiques et institutionnalisées) : et dans ce

exemple en application d'une loi qui interdirait la critique ou la moquerie des religions ou groupes religieux, auquel cas de légitimes et très sérieuses questions de liberté d'expression seraient susceptibles d'être soulevées ».

¹⁹⁶⁵ Pour une critique et une relativisation de l'accent mis par la jurisprudence canadienne récente sur la croyance subjective sincère de l'individu comme condition d'ouverture de la liberté de religion, v. S. LEFEBVRE, « La liberté religieuse modelée par les effets paradoxaux de la modernité », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 195. Pour l'auteure, cette relativisation se traduit par les ambiguïtés de l'arrêt *Mulani*, qui, sans renier formellement l'approche radicalement subjectiviste prônée dans l'arrêt *Amselem*, ne réussissent pas vraiment à éviter les frottements au dogme, nécessairement plus objectif, des religions en cause.

¹⁹⁶⁶ V. SAROGLU, « Spiritualité moderne. Un regard de psychologie de la religion », *Revue Théologique de Louvain*, 2003, n° 34-4, p. 473 (voir p. 480).

¹⁹⁶⁷ Cf. K. FLANAGAN et P. C. JUPP, *A Sociology of Spirituality*, Aldershot, 2007, cité par L. OBADIA, « Terminologie des sciences des religions et vocabulaire anthropologique. Retour sur l'abstrait et l'empirique dans le répertoire conceptuel », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2013/2, n° 26, p. 41 (voir p. 46).

¹⁹⁶⁸ D. HOUTMAN et S. AUPERS, « The Spiritual Turn and the Decline of Tradition: The Spread of Post-Christian Spirituality in 14 Western Countries, 1981-2000 », *Journal for the Scientific Study of Religion*, 2007, n° 46(3), p. 305

sens, c'est le terme de *spiritualité* qui est censé le mieux incarner ce substitut empirique et conceptuel »¹⁹⁶⁹.

En tant que phénomène social, le « spirituel mais non religieux » (« Spiritual but Not Religious », dit SBNR) s'est fortement développé notamment aux États-Unis, où l'on estime qu'au moins 18% de la population se considère comme tel¹⁹⁷⁰. Ceux qui se disent SNBR se distinguent de ceux qui se revendiquent d'une appartenance à une religion instituée ou traditionnelle :

« [SNBR] does *not* refer to those who have definitely settled in a particular institutionally based religious tradition, are happy with this ethical and metaphysical postulates, and are consistent in observing its services and rituals »¹⁹⁷¹.

Contrairement au « religieux », le « spirituel » ne repose donc pas sur un support social¹⁹⁷². Toutefois, les SNBR se disent sensibles à une certaine forme de religiosité, d'où l'on a pu déduire qu'être « spirituel mais non religieux » renvoyait à une personne cherchant à intégrer des croyances religieuses sans s'engager auprès d'une communauté religieuse (et de ses « pièges ») :

« a person seeks to integrate religious wisdom without fully committing to what is perceived to be the false trappings and mendacity of religious accouterments of all kinds (i.e., dogma, ideologies, rituals, hierarchies, etc.). At the same time, befitting spiritual shoppers in a consumer age, [SNBR] also speaks to those who canvass multiple religions, mining their spiritual wisdom and introspective techniques for the juice of peak experience in order to foster a spiritual journey tailored to their individual needs »¹⁹⁷³.

La spiritualité sans la religion engloberait ainsi les syncrétismes, et là se trouve d'ailleurs un avantage non négligeable de l'appréhension individualisante de la religiosité en droit. En droit comme en sciences des religions, le développement de cette question spirituelle conduit à renouveler l'accent mis sur l'individualisation du croire et du religieux à l'image de ce que le psychologue et philosophe américain William JAMES décrivait comme étant l'essence même de l'expérience religieuse : cette expérience intérieure et subjective, indépendante des formes organisées et institutionnelles¹⁹⁷⁴.

432. Le « tournant spirituel » en droit québécois. Au Canada, c'est en ouvrant la compréhension des convictions religieuses à « toutes les formes de convictions pouvant participer à l'élaboration de la multitude de systèmes de valeurs individuels qu'on retrouve au sein des socié-

¹⁹⁶⁹ L. OBADIA, « Terminologie des sciences des religions et vocabulaire anthropologique. Retour sur l'abstrait et l'empirique dans le répertoire conceptuel », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2013/2, n° 26, p. 41 (voir p. 46). En psychologie de la personnalité, la spiritualité moderne semble pouvoir être envisagée « comme une configuration moderne du religieux dans un monde post-religieux » (V. SAROGLU, « Spiritualité moderne. Un regard de psychologie de la religion », *Revue Théologique de Louvain*, 2003, n° 34-4, p. 473 (voir p. 498)).

¹⁹⁷⁰ W. B. PARSONS, « Introduction », in *Being Spiritual But Not Religious. Past, Present, Future(s)*, sous la dir. de W. PARSONS, Routledge, 2018.

¹⁹⁷¹ *Idem*.

¹⁹⁷² V. SAROGLU, *op. cit.*, p.489-490

¹⁹⁷³ W. B. PARSONS, *op. cit.*

¹⁹⁷⁴ W. JAMES, *L'expérience religieuse. Essai de psychologie descriptive*, traduit par F. ABAUZIT, Alcan, Kündig, 1906.

tés modernes [...] »¹⁹⁷⁵, que la Cour Suprême aurait opéré un transfert similaire du religieux vers le spirituel. Ce transfert se serait concrétisé avec la « Révolution tranquille » québécoise qui a entraîné, à partir des années 60, la laïcisation et la sécularisation de la région, et aurait permis l'entrée, d'abord timide puis triomphale, de la spiritualité dans les institutions publiques, au détriment de la religion¹⁹⁷⁶. L'article 36 de la *Loi sur l'instruction publique*¹⁹⁷⁷ prévoit par exemple que l'école « doit, notamment, faciliter le cheminement spirituel de l'élève afin de favoriser son épanouissement ». Elle exige à cet effet que soient mis à disposition des élèves des services complémentaires d'animation spirituelle¹⁹⁷⁸. De même, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁹⁷⁹ garantit en son article 100 que les prestations des services de santé ou des services sociaux soient respectueuses des droits des personnes et de leurs besoins spirituels. Sont ainsi apparus à l'hôpital et à l'école des animateurs de la vie spirituelle et des intervenants en soins spirituels pour remplacer les intervenants religieux¹⁹⁸⁰.

« [D]épasant la religion, le spirituel devrait permettre aux intervenants de déconfessionnaliser et de détraditionnaliser leur approche afin de faire place au pluralisme, incluant dans leur mandat d'intervenir auprès d'autres traditions religieuses, mais aussi des athées, des sans-religions, etc. »¹⁹⁸¹.

Le Québec constitue ainsi le bon exemple de la traduction juridique d'un certain paroxysme de l'individualisation de la religion : en ouvrant les dispositifs de protection à des formes de convictions qui participent à « l'élaboration de la multitude de systèmes de valeurs individuels »¹⁹⁸², que cette ouverture se manifeste dans la définition jurisprudentielle de la religion ou dans les conséquences de la laïcisation de la province de Québec, on accepte qu'il importe peu qu'il existe une religion instituée au fondement des convictions profondes que l'on entend protéger. L'individualisation de la religion se manifeste par un détachement vis-à-vis de sa connotation collective, au profit de sa perception individuelle. Ce faisant, les contours du champ religieux deviennent d'autant plus flous qu'ils rebondissent sur le développement de formes de religions « séculières » et que l'on pourrait trouver dans la méditation, le sport (l'éternelle religion du football français ou du hockey sur glace canadien) ou la protection de la nature (certains voyant dans la restauration des équilibres naturels un signe de salut spirituel¹⁹⁸³) par exemple.

¹⁹⁷⁵ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 85.

¹⁹⁷⁶ J. CHERBLANC et G. JOBIN, « Vers une psychologisation du religieux ? », *Archives de sciences sociales des religions*, 2013, p. 163.

¹⁹⁷⁷ Tel que modifié par la loi 118, adoptée le 14 juin 2000.

¹⁹⁷⁸ Art. 6 et 226 de ladite loi.

¹⁹⁷⁹ Modifiée par la loi 108, adoptée le 14 juin 2002.

¹⁹⁸⁰ Sur ce point, v. J. CHERBLANC et G. JOBIN, *op. cit.*

¹⁹⁸¹ *Idem.*

¹⁹⁸² L.-P. LAMPRON, *op. cit.*

¹⁹⁸³ Cf. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 303.

433. Transition. L'individualisation de la religion se traduit dans le champ juridique par l'émergence d'un principe d'interprétation orienté autour de la perception individuelle de la religiosité et délaissant l'aspect communautaire de la religion. Mais, à moins de s'engager dans une erreur épistémologique, l'appartenance religieuse ne saurait être totalement contournée. C'est pourquoi elle peut être envisagée dans le raisonnement judiciaire en tant que présomption réfragable d'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion (**II**).

II. UNE PRESOMPTION REFRAGABLE D'APPLICABILITE : LA PLACE DE L'APPARTENANCE RELIGIEUSE

434. Un certain retour « aux dogmes » est inévitable tant l'aspect collectif de la religiosité est prégnant¹⁹⁸⁴. Il faut prendre en compte cette donnée épistémologique (**A**) tout en introduisant dans la méthodologie des outils de subjectivation. Pour ce faire, l'appartenance religieuse peut être utilisée comme créatrice d'une présomption réfragable d'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion à celui qui se revendique de cette appartenance. L'appartenance religieuse constitue alors un éclairage préliminaire de l'examen de l'applicabilité de cette liberté (**B**).

A. L'appartenance religieuse, une donnée épistémologique incontournable

« Il faudra la foi pour donner un sens au groupe, mais il fallait un groupe, si restreint qu'il fût, pour faire sortir la foi d'une intériorité que le droit n'aurait pu saisir »¹⁹⁸⁵.

435. Le religieux et le groupe. Le critère subjectif de la religion personnelle employé par le droit canadien pour caractériser le caractère religieux d'une conviction ne satisfait pas en droit français. Comme l'ont souligné Francis MESSNER, Pierre-Henri PRELOT et Jean-Marie WOEHLING, la thèse de l'autocompréhension sur laquelle est construite l'appréciation canadienne de la religion personnelle n'aurait pas été retenue dans la jurisprudence française justement parce que l'absence de toute référence collective rendrait impossible, pour les individus eux-mêmes, « de déterminer subjectivement si leur pratique est religieuse ou pas ». En ce sens, ajoutent les auteurs, le « sentiment de participer à une religion suppose qu'une définition de l'activité religieuse ait été donnée au préalable. Par conséquent, l'autoréférenciation ne peut constituer un

¹⁹⁸⁴ V. en ce sens, S. LEFEBVRE, « La liberté religieuse modelée par les effets paradoxaux de la modernité », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 195s.

¹⁹⁸⁵ J. ROBERT, « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, 24 éd., Dalloz, 2018, p. 511 (voir p. 517, n° 551).

critère unique de la définition de la religion. Elle peut seulement être utilisée comme condition nécessaire, mais non suffisante de l'activité religieuse »¹⁹⁸⁶. C'est ainsi que « la soumission de la partie aux règles de la communauté de croyants »¹⁹⁸⁷ constitue un élément important du raisonnement judiciaire français. On a pu le remarquer, par exemple, lorsque le juge se réfère au caractère extrême de la pratique *d'une religion déterminée*¹⁹⁸⁸ ou lorsqu'il y attache un certain nombre de risques¹⁹⁸⁹. Cette logique communautaire est difficilement contournable tant elle est ancrée dans la conception française du fait religieux. Pour une grande majorité de la doctrine d'ailleurs, la dimension collective constitue le prolongement social du fait religieux. On lit par exemple chez Myriam PENDU que :

« Le fait religieux ne s'analyse pas uniquement à travers une logique individuelle et trouve son prolongement dans une dimension collective, où il s'appréhende moins en tant qu'émanation d'une conscience individuelle, que comme fait social. En effet, d'une part, l'aspect dogmatique des différentes confessions qui fonde l'attachement d'une foi individuelle, est un élément extérieur à la volonté des individus, accessible à tous, et orienté, enfin, vers une certaine universalité. De ces différents éléments, naît la vocation du fait religieux à être partagé par un ensemble indéterminé de personnes réunies abstraitement sur la base de l'existence d'une foi commune. D'autre part, l'existence même de ce groupe est soumise à l'identification de l'élément qui le fédère, à savoir l'existence d'un référentiel religieux commun. [...] Au-delà d'une croyance abstraite et désincarnée, les religions existent socialement, tant pour l'État que pour leurs membres, comme système organisé »¹⁹⁹⁰.

En raison de la prégnance de la vocation sociale du fait religieux, l'abandon du prisme « objectif », celui du référencement de la conviction religieuse par rapport aux communautés religieuses, est difficilement concevable.

436. Vers un paradigme de l'identité : le droit de libre identification. L'intégration d'une perspective renvoyant à l'appartenance religieuse semble pouvoir se justifier par la remise en cause d'une vision solipsiste du sujet (de droit) comme corolaire de l'épanouissement du principe d'autonomie personnelle. Le débat de philosophie politique opposant, à partir des années quatre-vingt dix, libéraux et communautariens en constitue le point de départ. Tandis qu'il était alors notamment question de savoir si le sujet devait être compris « comme le fondement ultime des valeurs, ou simplement comme le porteur de valeurs collectives qui le précèdent et qui

¹⁹⁸⁶ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 33, note 10, nous soulignons.

¹⁹⁸⁷ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 494, note 9.

¹⁹⁸⁸ On compare ainsi souvent « islam modéré » et « islam radical ». Or, se prêter à une telle comparaison, n'est-ce pas se livrer à une interprétation de la religion musulmane ?

¹⁹⁸⁹ V. *supra* n° 232-233.

¹⁹⁹⁰ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 3.

l'excédent »¹⁹⁹¹, d'aucuns envisagèrent la rationalité du sujet comme « le produit d'une histoire à laquelle elle ne se réduit pas, mais dont elle hérite »¹⁹⁹². Un autre concept fut introduit : celui de l'identité. Dans la perspective d'un paradigme de l'identité (qui ne doit pas tomber dans un paralogisme identitaire¹⁹⁹³) ne s'agit plus d'exalter un individu égotique, « libéré de ses affiliations traditionnelles »¹⁹⁹⁴, mais de renvoyer à la capacité du sujet de se réfléchir *à partir* de certaines identités (culturelle, ethnique, religieuse, de genre, etc.) et *à travers* elles. Dans ce cadre, « le sujet n'existe que comme distanciation » vis-à-vis de la communauté (tout le contraire de ce qu'offre l'identité) ; mais dans le même temps, il a besoin de cette identité pour « exister, se constituer, s'exprimer »¹⁹⁹⁵. Comme l'explique Michel WIEVIORKA,

« On naît, certes, dans un groupe, une communauté, une religion ; on a une origine nationale ou ethnique, mais on en fait de plus en plus souvent le choix : on décide de s'y maintenir ou non, d'y rester ou pas, d'y retourner, le cas échéant, après une ou plusieurs générations. On prend ce type de décision par refus d'être nié comme sujet, pour se donner des repères, pour manifester une capacité d'action, tracer sa propre existence, maîtriser son expérience »¹⁹⁹⁶.

L'avantage d'une telle perspective est qu'elle pourrait permettre de recentrer le champ d'application des droits fondamentaux sur l'individu sans pour autant en faire un individu replié sur lui-même. La communauté ne serait pas effacée du raisonnement juridique, mais le champ serait réorienté pour l'envisager comme un élément de l'identité choisie de la personne. Ce faisant, la promotion de l'identité pourrait justifier l'acceptation de « droits individuels à l'identité culturelle »¹⁹⁹⁷ sans aller jusqu'à suggérer l'émergence de droits collectifs susceptibles de concurrencer le sujet individuel de droits¹⁹⁹⁸. Il s'agit en l'occurrence de ne pas faire du droit à l'identité culturelle un « droit à l'enfermement »¹⁹⁹⁹. La référence à une identité collective s'envisagerait dans certains cas comme source ou facteur de subjectivation voire comme fondatrice du sujet, et l'autonomie constituerait le soubassement de sa construction personnelle. Centrée sur l'individu, l'autonomie personnelle s'envisage ainsi à la fois comme un concept source de la subjectivation de la liberté de religion, mais aussi comme un concept « fondé et encadré sur et par la dimension

¹⁹⁹¹ A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009, p. 216. Sur la controverse entre libéraux et communautariens, v. par ex. S. MESURE et A. RENAUT, *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Flammarion, 1999, p. 68s.

¹⁹⁹² A. RENAUT, *op. cit.*, p. 217.

¹⁹⁹³ V. *supra* n° 152.

¹⁹⁹⁴ Selon l'expression de X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 15.

¹⁹⁹⁵ M. WIEVIORKA, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005, p. 156.

¹⁹⁹⁶ M. WIEVIORKA, *op. cit.*, p. 142.

¹⁹⁹⁷ S. MESURE et A. RENAUT, *op. cit.*, p. 205s.

¹⁹⁹⁸ A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, préc., p. 220.

¹⁹⁹⁹ S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme. Leçon prononcées au Collège de France (mai 1990)*, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2002, p. 298.

sociale de la personne humaine, c'est-à-dire qu'il tient compte du fait qu'elle s'inscrit et se définit dans sa relation à autrui »²⁰⁰⁰.

437. C'est dans cette configuration que la Grande Chambre de la Cour EDH a rendu, le 19 décembre 2018, un arrêt *Molla Sali c. Grèce*. De longs développements y sont consacrés au « droit de libre identification » à une identité culturelle ou religieuse. L'affaire concernait l'application du droit islamique à une succession testamentaire ayant été rédigée selon les règles civiles par un testateur de confession musulmane. La Cour de cassation grecque avait considéré, en application du traité d'Athènes de 1913, du traité de Sèvres de 1920 et du traité de Lausanne de 1923 qui prévoyaient l'application des coutumes musulmanes et du droit islamique aux ressortissants grecs de confession musulmane, que le droit applicable à la succession du défunt était le droit islamique et que le testament public en question serait dépourvu d'effet juridique. La requérante avait alors été privée des droits que lui avait accordés le testament rédigé par son époux. Examinant l'affaire sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 1 du Protocole 1, la Cour EDH conclut à l'existence d'une différence de traitement illégitime, fondée sur la religion du testateur. Les développements qu'elle consacre au droit de libre identification révèlent son attachement au volet négatif de la protection des minorités, c'est-à-dire au droit de chacun des membres d'un groupe minoritaire de *choisir* « de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci »²⁰⁰¹. Le paragraphe consacré au droit de libre identification, cité *in extenso*, se lit ainsi :

« Refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci [...]. Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même. C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel "aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés". Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la "pierre angulaire" du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel n'oblige une personne à se soumettre contre sa volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités »²⁰⁰².

²⁰⁰⁰ H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015, p. 30, n° 7s.

²⁰⁰¹ Cour EDH [G.C.], *Molla Sali c. Grèce*, 19 déc. 2018, req. n° 20452/14, § 156.

²⁰⁰² *Ibid.*, § 157.

Quand bien même elle viserait à la protection d'une minorité, la Cour européenne affirme par cet arrêt que l'application du droit islamique ne saurait être appliqué à des citoyens musulmans sans leur consentement²⁰⁰³. Elle refuse que les citoyens européens « se retrouvent enfermés dans une identification à une religion qu'ils ne pratiquaient pas, enfermés dans leur appartenance à une minorité, prisonniers d'un ghetto juridique »²⁰⁰⁴.

438. Dans une telle perspective, l'appartenance religieuse ne constitue plus un critère qualificatif à disposition des États mais est remise entre les mains des principaux intéressés : les individus²⁰⁰⁵. Partant, il ne s'agit plus de voir dans l'appartenance religieuse une condition d'accès à la protection offerte par la liberté de pensée, de conscience et de religion, mais une présomption réfragable un peu à la manière du droit européen des droits de l'homme qui ne semble envisager l'existence d'une religion (au sens communautaire) que comme un éclairage dans la détermination du caractère religieux d'une conviction (**B**).

B. L'appartenance religieuse, une passerelle méthodologique dans l'examen d'applicabilité

439. Influences : l'approche européenne. Le *Guide sur l'article 9* produit par la Division de la Recherche du Conseil de l'Europe indique que les organes de la Convention ont reconnu que les garanties de l'article 9 s'appliquaient « aux “grandes” ou “anciennes” religions du monde qui existent depuis des millénaires ou depuis plusieurs siècles »²⁰⁰⁶ – comme par exemple l'alévisme, le bouddhisme, l'islam, le judaïsme, le sikhisme, le taoïsme, l'hindouisme et les différentes confessions chrétiennes – mais aussi « aux religions nouvelles ou relativement nouvelles » – telles que l'aumisme du Mandarom, le mouvement Osho, l'Église de l'Unification du révérend Sun Myung Moon, le mormonisme ou l'Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours, le mouvement raëlien, le néo-paganisme, la religion dite « du Santo Daime » et les Témoins de Jéhovah²⁰⁰⁷. Tout se passe comme si, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, les religions ayant déjà été reconnues comme bénéficiant de la protection de l'article 9 sont automatiquement rattachées à son champ d'application dans les décisions ultérieures. Pour les Témoins de Jéhovah par

²⁰⁰³ Le lecteur notera que la Grèce était, à l'époque des faits, le seul pays à procéder de la sorte (notamment depuis que la France a renoncé à cette pratique sur le territoire de Mayotte, à compter de 2011).

²⁰⁰⁴ R. LETTERON, « La Cour européenne écarte la Charia », *Libertés, libertés chéries*, en ligne : <<http://libertescherries.blogspot.com/2018/12/la-cour-europeenne-ecarte-la-charia.html>>, 27 déc. 2018.

²⁰⁰⁵ Reste encore à savoir qui... Dans l'affaire *Molla Sali*, cette logique identificatoire devait-elle s'appliquer à l'époux défunt ou à son épouse ? Qui protège-t-on ?

²⁰⁰⁶ *Guide sur l'article 9. Liberté de pensée, de conscience et de religion*, Division de la recherche et de la bibliothèque, Conseil de l'Europe, 2015, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf>.

²⁰⁰⁷ Cour EDH [G.C.], *Tblimmenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97, § 42.

exemple, depuis que la Cour a jugé, dans l'arrêt *Thlimmenos*, que le comportement d'un requérant membre des Témoins de Jéhovah tombait sous l'empire de l'article 9 de la Convention²⁰⁰⁸, les requêtes ultérieures se prévalant de ce mouvement religieux ont semble-t-il été automatiquement examinées à ce titre. Tel fut le cas dans les arrêts *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas*²⁰⁰⁹, et *Témoins de Jéhovah de Moscou*²⁰¹⁰, où la Cour s'est d'office attachée à la recherche et à la justification d'une ingérence dans l'article 9 sans s'attarder sur l'examen de son applicabilité. La charge de prouver l'applicabilité dudit article à une conviction invoquée par un individu membre de l'une de ces communautés religieuses est, ce faisant, amoindrie puisque le seul fait de préciser son appartenance religieuse suffit à constituer une forme de présomption d'applicabilité. Il en va de même lorsqu'un comportement ou un signe spécifique donné a déjà été reconnu par la Cour EDH comme constitutif de la manifestation d'une religion ou d'une conviction au sens de l'article 9, tel que le port du foulard islamique, du turban sikh ou de la croix chrétienne. Le caractère islamique, sikh ou chrétien y est attaché au signe en question et induit la présomption d'un rattachement personnel à la communauté religieuse afférente.

L'analyse demeure référencée sur l'individu puisqu'elle suit une logique identificatoire au sens où le requérant est libre d'avancer une appartenance religieuse ou, au contraire, de s'en départir. Seul l'intéressé est libre d'avancer une telle appartenance, et il n'appartient pas aux autorités nationales de le faire (auquel cas, ce catalogage s'apparenterait à une discrimination dont il conviendrait de vérifier la justification²⁰¹¹). Dans le même temps, elle se prémunit contre tout paralogisme identitaire²⁰¹². La présomption est simple ; elle est réfragable. Elle permet de dispenser l'individu d'avoir à défendre et à justifier outre-mesure l'applicabilité de l'article 9. En ce sens, elle constitue une passerelle méthodologique permettant de passer directement à la recherche d'une ingérence et à sa justification. En outre, elle limite l'intrusion juridictionnelle dans la conscience individuelle en dispensant l'intéressé d'avoir systématiquement à prouver que ses croyances sont protégées par la liberté de pensée, de conscience et de religion.

440. Une passerelle empruntable que lorsque l'applicabilité n'est pas contestée. De façon générale, la Cour européenne des droits de l'Homme s'aligne derrière la position de l'État

²⁰⁰⁸ L'appartenance religieuse n'est pas autosuffisante en l'espèce, celle-ci doit être complétée par un lien de causalité entre la religion invoquée et le comportement en cause. Dans cette affaire, « la Cour relève que le requérant est membre des témoins de Jéhovah [appartenance], un groupe religieux pacifiste, et que rien dans le dossier ne contredit l'affirmation de l'intéressé selon laquelle il a refusé de porter l'uniforme [comportement] uniquement parce qu'il estimait que sa religion le lui interdisait [lien de causalité] » (Cour EDH [G.C.], *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97, § 42). L'arrêt *Kokkinakis* aurait pu être mobilisé pour la démonstration, néanmoins, c'est à l'arrêt *Thlimmenos* que la Cour EDH fait référence dans les arrêts visés ci-après.

²⁰⁰⁹ Cour EDH, *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, 31 juil. 2008, req. n° 40825/98, § 60.

²⁰¹⁰ Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02, § 99s.

²⁰¹¹ Sur la discrimination, v. *supra* n° 370s.

²⁰¹² V. *supra* n° 152.

lorsque les pratiques, dogmes et enseignements d'une religion déterminée y ont déjà été reconnus comme relevant du champ d'application de l'article 9 de la Convention (*via* une décision de justice ou le mécanisme des cultes reconnus)²⁰¹³. Traduction du principe de subsidiarité, cette approche n'est suivie que lorsque les autorités nationales ont effectivement conclu à l'applicabilité de l'article 9. Tel était le cas dans l'arrêt *Kokkinakis*, où il a suffi à la Cour EDH de relever que les Témoins de Jéhovah disposaient du statut de « religion connue » au sens de la Constitution hellénique pour déployer l'analyse sous l'angle du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion²⁰¹⁴.

À l'inverse, lorsque le bénéfice de l'article 9 est refusé au requérant au motif selon lequel le mouvement religieux en question n'est pas reconnu comme tel dans l'État défendeur, la Cour se livre elle-même à l'examen rigoureux de l'applicabilité. La passerelle méthodologique ne fonctionne donc que lorsque l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion à l'individu n'est pas remise en cause. Quoique la démarche puisse agacer les fervents partisans de la souveraineté nationale, elle est pourtant cohérente de la part de la juridiction chargée de la protection des droits et libertés fondamentaux. Il s'agit en effet pour la Cour de vérifier que les autorités nationales n'ont pas privé arbitrairement le requérant du bénéfice de l'article 9 de la Convention. Mieux, il peut arriver que la Cour EDH souligne explicitement les défaillances des autorités nationales, quand bien même celles-ci auraient été sanctionnées par les juridictions internes. C'est précisément à cette démarche que la juridiction strasbourgeoise s'est livrée dans l'arrêt *Mockutė c. Lituanie*²⁰¹⁵. En l'espèce, la requérante reprochait à l'État d'avoir manqué à son devoir de neutralité et d'impartialité et de ne pas lui avoir permis de pratiquer sa religion au sein de l'hôpital psychiatrique au sein duquel elle était internée. Adepte du mouvement Osho – que les États ne voient pas toujours d'un très bon œil²⁰¹⁶ – elle faisait notamment grief aux psychiatres d'avoir

²⁰¹³ V. par exemple Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10, spéc. § 68 : « En l'espèce, la Cour relève d'emblée qu'aucune des parties ne conteste qu'il existe en Turquie une importante communauté alévie (paragraphe 36 ci-dessus) – deuxième croyance du pays par le nombre de ses adeptes –, dont les requérants font partie. Par ailleurs, comme le tribunal administratif et le Gouvernement l'ont admis, le libre exercice du droit à la liberté de religion des alévis est protégé par l'article 9 de la Convention ».

²⁰¹⁴ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, § 32.

²⁰¹⁵ Cour EDH, *Mockutė c. Lituanie*, 27 févr. 2018, req. n° 66490/09.

²⁰¹⁶ Le mouvement Osho est considéré comme faisant partie des « sectes », comme le mouvement Hare Krishna ou encore l'Église de Scientologie. Par le passé, la Cour EDH avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur une campagne nationale allemande destinée à appeler l'attention du public sur le danger potentiel des mouvements tels que le mouvement Osho, le qualifiant notamment de « secte » et émettant des avertissements indiquant que les associations de ce genre étaient « destructrices », « pseudo-religieuses » et qu'elles « manipul[ai]ent leurs membres ». Bien que la Cour ne conclut pas à la violation de l'article 9, l'association requérante n'ayant pas été empêchée de manifester librement sa religion ou sa conviction, les termes employés pour la décrire étaient susceptibles d'avoir des conséquences néfastes et caractérisaient une ingérence ; cf. Cour EDH, *Leela Förderkreis E.V. et autres c. Allemagne*, 6 nov. 2008, req. n° 58911/00. Pour une analyse de la transformation structurelle des nouveaux mouvements religieux en Allemagne, y compris du mouvement Osho, v. par exemple M. HERO, « Religious Pluralization and Institutional Change : The Case of the New Religious Scene in Germany », *Journal of Religion in Europe*, 2008, 1, p. 200. En France, le rapport Gest-Guyard avait répertorié le mouvement Osho parmi les mouvements pouvant être qualifiés de sectaires : A.

porté un jugement négatif sur sa religion, d'avoir tenté de « corriger » ses croyances et de chercher à la faire abandonner sa religion qu'ils jugeaient « imaginaire »²⁰¹⁷. Devant les juridictions nationales, l'hôpital psychiatrique s'était défendu en avançant que le mouvement Osho n'était, à l'époque des faits, pas reconnu comme un mouvement religieux, qu'il pratiquait dès lors ses activités illégalement, et qu'en conséquence ses adhérents ne bénéficiaient pas de la protection offerte à l'article 9 de la Convention. Les juridictions lituaniennes avaient réfuté cet argumentaire, ce qui ne retint pas la Cour EDH de souligner avec agacement qu'une telle approche serait de nature à permettre aux États d'exclure certaines croyances en refusant de les reconnaître. D'ailleurs, cette même Cour avait déjà considéré que le fait de punir ceux qui manifestent des convictions religieuses n'ayant pas été officiellement reconnues par l'État s'analysait en une violation de l'article 9 de la Convention²⁰¹⁸. Si les États sont libres d'imposer l'enregistrement des différents cultes, la Convention ne permet pas de sanctionner un individu pratiquant un culte non enregistré pour avoir prié ou manifesté ses convictions religieuses :

« Accepter une telle démarche reviendrait à exclure les religions minoritaires n'ayant pas reçu l'approbation officielle de l'État, lequel pourrait dès lors dicter à l'individu ce en quoi il doit croire »²⁰¹⁹.

En outre, la Commission EDH a étendu la caractérisation du caractère religieux à l'athéisme, considérant dans la décision *Union des athées c. France* que la teneur philosophique d'une association ayant pour objectif le regroupement de tous ceux qui considèrent Dieu comme un mythe, « ne semble pas un argument suffisant pour distinguer l'athéisme d'un culte religieux au sens classique »²⁰²⁰. Bien que pareille attitude « ne semble pas, de prime abord, de nature à la qualifier comme association culturelle », la Commission prit le contrepied de la position défendue par les autorités nationales qui soutenaient une acception stricte de la notion de culte, interdisant de considérer un mouvement de pensée rationaliste comme tel²⁰²¹.

441. Finalement, tout se passe comme si la religion – au sens communautaire ou institutionnel – constituait un critère utilisé par la Cour uniquement afin de *faciliter* le constat de l'applicabilité de l'article 9, et qui ne peut pas être opposé au requérant pour lui en refuser le bénéfice. En ce sens, le caractère « religieux » de la conviction, quand il s'apprécie à l'aune de l'appartenance religieuse, ne conditionne pas l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience

GEST et J. GUYARD, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, Assemblée Nationale, 1995, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r2468.aspx>>.

²⁰¹⁷ Cour EDH, *Mockutė c. Lituanie*, préc., § 123.

²⁰¹⁸ Cour EDH, *Mockutė c. Lituanie*, préc., § 121 ; cf. Cour EDH, *Masaev c. Moldavie*, 12 mai 2009, req. n° 6303/05, § 26.

²⁰¹⁹ Cour EDH, *Masaev c. Moldavie*, préc., § 26.

²⁰²⁰ Com. EDH [plén.], *Union des athées c. France*, 6 juil. 1994, req. n° 14635/89, § 79.

²⁰²¹ *Idem*, § 73.

et de religion ; il l'éclaire et la simplifie. La qualification juridique de la conviction protégée suit une méthodologie spécifique (**Section 2**).

*

* *

SECTION 2 – QUALIFICATION JURIDIQUE

442. Méthode. Dès lors que l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion invoquée par le requérant est mise en doute, un examen scrupuleux doit être mené. Le raisonnement doit être construit sur une chronologie méthodologique qui renvoie à la binarité de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Cette liberté se décompose en effet en deux éléments obéissant chacun à un régime juridique différent²⁰²² : la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction d'une part, qui est insusceptible de limitations, et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction d'autre part, qui, elle, peut faire l'objet de restrictions (prévues par la loi, nécessaires dans une société démocratique à la poursuite des buts légitimes énoncés dans le § 2 de l'article 9). Dit autrement, la liberté de pensée, de conscience et de religion est une liberté de double nature : pour moitié, elle est une liberté absolue ; pour moitié, elle est une liberté balancée. Cette binarité a pour conséquence celle de distinguer selon que le cas porte sur la conviction elle-même ou s'il concerne la manifestation de celle-ci. En tout état de cause, la conviction constitue le point de départ du raisonnement. C'est pourquoi, dans l'une ou l'autre situation, la caractérisation d'une conviction protégée constitue l'examen initial de l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion **(I)**. Un examen complémentaire doit être envisagé lorsque la manifestation de la conviction est en cause : il advient de s'assurer que le comportement constitue bien la manifestation de la conviction protégée **(II)**.

I. LA CARACTERISATION D'UNE CONVICTION PROTEGEE

443. Une construction sous influence. Les notions peuvent s'entendre comme des « constructions juridiques » inscrites dans des « contextes politiques, sociaux, économiques, intellectuels, etc. » qui sont « sinon déterminants, à tout le moins fortement conditionnants pour leur configuration »²⁰²³. En conséquence, l'influence des droits canadiens et de la Convention européenne des droits de l'Homme dans la construction d'une « notion covalente » **(A)** s'explique par la porosité nécessaire et irréductible de la frontière séparant le droit des faits, des valeurs dominantes, des

²⁰²² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016.

²⁰²³ G. TUSSEAU, « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFD*, 2009, p. 641 (voir p. 643).

mouvements doctrinaux et des fluctuations sociales²⁰²⁴. À ce caractère covalent, qui constitue la matrice de la notion juridique, devait être associé un contenu sur lequel pouvait porter le contrôle juridictionnel. À l'instar du droit canadien et européen, c'est un test de sincérité de la croyance qui s'est imposé (B).

A. L'élaboration d'une notion covalente

444. Afin de pouvoir caractériser l'existence d'une conviction protégée par la liberté de religion, il était nécessaire d'identifier une notion juridique destinée à matérialiser l'examen d'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour ce faire, nous avons ainsi envisagé la transposition d'un mécanisme utilisé dans le droit européen des droits de l'Homme, les notions autonomes, dans le droit français des droits de l'Homme. Les notions autonomes renvoyant à un mécanisme européen, nous avons choisi de qualifier leur transposition en droit français sous le terme de « notions-covalentes ». Ces notions conditionneraient l'applicabilité d'un droit fondamental (1), et seraient qualifiées, sous l'angle de la liberté de pensée, de conscience et de religion, de « convictions protégées » par ladite liberté (2).

1. Les notions covalentes comme condition d'applicabilité d'un droit fondamental

445. **L'autonomisation des convictions protégées.** La réflexion s'est construite à partir d'un mécanisme inhérent au droit européen des droits de l'homme : les notions autonomes. Celles-ci permettent de faire le lien entre un droit fondamental et l'individu qui s'en réclame. Leur particularité est qu'elles disposent d'un sens européen, c'est-à-dire que leur définition est détachée de leur contexte juridique national en raison de leur « caractère vague ou indéterminé » ou parce qu'elles revêtent « des significations différentes selon les droits nationaux »²⁰²⁵. Or, n'est-ce pas aussi le cas du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ? L'objet de ce droit est tout aussi vague qu'une notion autonome telle que la notion de bien, si ce n'est davantage. L'objet de la liberté de pensée, de conscience et de religion est mouvant. Il doit pouvoir être adapté aux réalités contemporaines et ne pas être enfermé ni dans une époque ni dans des idées préconçues.

Si le recours aux notions autonomes permet au juge européen de « [prendre] quelques libertés avec le texte et le "sens ordinaire" des mots [...] pour la protection du "bien commun" que sont les droits et libertés individuels »²⁰²⁶, pourquoi ne pas autonomiser les « convictions » en tant

²⁰²⁴ Cf. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2 éd., PUF, 2013, p. 4.

²⁰²⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., p. 245, n° 157.

²⁰²⁶ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, n° 28, p. 1365.

qu'objet du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ? Il nous a semblé nécessaire d'identifier, ou d'établir, une notion qui permettrait de déterminer de façon suffisamment claire le champ d'application de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Une telle notion ferait le lien entre le droit protégé et les faits en cause.

446. Des notions autonomes aux notions covalentes. Les notions autonomes ont le mérite de substantiellement clarifier un mode de raisonnement spécifique en termes de droits fondamentaux. Schématiquement, les notions autonomes sont pareilles à des liaisons chimiques reliant deux atomes : d'un côté la personne, de l'autre, son droit. Ce faisant, elles contribuent également à définir l'étendue des droits et libertés fondamentaux par le biais de leur objet²⁰²⁷. Or, les notions autonomes sont un mécanisme conçu par et pour le juge européen. Par leur fonction, elles échappent aux outils nationaux de protection des droits et libertés fondamentaux. Aussi, le juge français n'adopte-t-il par exemple pas en totalité la définition européenne de la notion de « biens » pour appliquer les normes nationales relatives au droit de propriété²⁰²⁸.

Partant, ne pourrait-on pas imaginer des notions, employables en droit interne, qui joueraient ce rôle de connecteur entre la personne et le droit ou la liberté fondamentale dont il se revendique ? Spécifiques aux droits et libertés fondamentaux, elles se distingueraient ainsi des notions juridiques « classiques ». Ce que nous avons choisi d'appeler les « notions covalentes » (par référence à la liaison chimique) constitueraient une catégorie spécifique de notions juridiques puisqu'elles seraient réservées aux droits de l'Homme. Il faut alors voir dans la notion covalente l'objet de la qualification juridique en matière de droits et libertés fondamentaux : elle conditionne l'applicabilité d'un droit fondamental. Schématiquement, les notions covalentes représenteraient des clefs d'accès à un espace juridiquement protégé : celui d'une liberté ou d'un droit fondamental. Elles commandent l'applicabilité des garanties d'une liberté ou d'un droit fondamental protégé. Une fois la notion covalente caractérisée dans une espèce, l'exercice du droit pourra être restreint, mais jamais son existence ne pourra être niée. Les notions autonomes s'apparentent alors à des notions covalentes dont la spécificité est de disposer d'un sens européen. Par exemple, la notion de bien serait constitutive d'une *notion covalente autonome*, qui représente et détermine le champ d'application du droit au respect de ses biens tout en étant dotée d'une signification spécifique au droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les notions telles que la « vie privée », le « domicile » (autonome), les « droits et obligations de caractère civil » (autonome), constituent également des notions covalentes qui conditionnent

²⁰²⁷ Comme par exemple la protection de la propriété *via* la notion de « biens ».

²⁰²⁸ Même si l'on constate une forme de réception, voire d'adaptation du juge national sur la conception européenne de « bien », cette définition demeure en-deçà, et moins large, que la définition européenne.

l'applicabilité des droits fondamentaux afférents. Ces exemples révèlent l'enjeu que peuvent susciter les notions covalentes lorsqu'elles se font le vecteur de l'extension substantielle du champ d'application des droits et libertés²⁰²⁹.

447. La notion covalente fera ainsi l'objet d'une qualification juridique : pour rattacher les faits au droit, il faudra que les données factuelles tirées de l'espèce correspondent aux critères de la notion covalente. Cela fait-il de la notion covalente une catégorie juridique ? De manière générale, la notion est perçue comme l'outil qui permet de faire entrer les faits dans une catégorie juridique²⁰³⁰. Aussi, nous considérons que la « catégorie » désigne « un dispositif de classification de données dont les éléments constitutifs sont suffisamment précis pour y être rattachés, et que l'on souhaite regrouper en raison du ou des caractère(s) commun(s) qu'on leur prête »²⁰³¹. La notion covalente se distinguerait de la catégorie juridique en ce qu'elle n'a pas vocation à ordonner ou à systématiser le droit mais à conditionner l'applicabilité d'un droit ou d'une liberté fondamentale *dans un cas particulier*. Autrement dit, on ne pourrait pas dire d'une conviction qu'elle entre dans la catégorie des convictions religieuses, mais plutôt qu'elle revêt les critères des convictions *protégées* par le droit à la liberté de religion (2).

2. La notion de « conviction protégée », objet du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion

448. Objet du droit, objet de protection. Sur quoi porte la liberté de pensée, de conscience et de religion ? Que protège-t-elle ? De façon générale, et depuis la création des outils internationaux de protection des droits de l'homme, cette liberté suppose que la loi ne peut imposer « aucune restriction à la pensée et à la conscience de l'homme, ni à ses convictions philosophiques ou religieuses »²⁰³² et que seule la liberté de manifester sa religion ou sa conviction pourrait, sous conditions, être restreinte. La pensée, la conscience, les convictions philosophiques et les convictions religieuses constituent l'objet de la liberté afférente, dont le degré de protection varie selon

²⁰²⁹ Sur ce point, v. M. MALBLANC, *La technique des notions autonomes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, th. en cours de préparation.

²⁰³⁰ V. par ex. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5 éd., Dalloz, 2012 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2 éd., Dalloz, 2016.

²⁰³¹ G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5 (voir p. 11). Sur les catégories juridiques, v. notamment R. PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, Mare & Martin, 2019.

²⁰³² Cf. le *Commentaire des Projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, A/2929, Secrétaire général de l'O.N.U., 1955, annexé aux *Travaux préparatoires de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, DH (56) 14, Commission européenne des droits de l'homme, 1956.

qu'elles demeurent ou non dans le for intérieur de l'individu. Il fallait donc s'interroger sur la notion covalente à employer dans les contentieux impliquant la liberté de pensée, de conscience et de religion. La conscience était condamnée à demeurer dans le for intérieur, et les pensées extériorisées étant l'objet de la liberté d'expression, ces deux notions ne constituaient pas le cœur de notre réflexion, contrairement aux convictions philosophiques et religieuses.

449. Hypothèse première : la notion covalente de « convictions religieuses ». Nous avons d'abord pensé qu'il était nécessaire d'identifier une notion covalente de « convictions religieuses ». Cette hypothèse se fondait notamment sur le postulat selon lequel une telle notion ferait le lien entre la conscience de l'individu et sa liberté de religion, ce qui revenait à faire de la « conviction religieuse » l'objet de la liberté de religion. Le recours à la « conviction religieuse » plutôt qu'à la « religion » était motivé par plusieurs raisons, la première d'entre elles résidant dans le principe de laïcité et dans la séparation des Églises et de l'État. Le principe français de laïcité interdit en effet à l'État et à ses autorités de déterminer ce qui constitue ou non une religion pour les raisons diverses que nous avons déjà évoquées. Si religion il ne peut y avoir, la subjectivation de la liberté de religion permettait d'envisager que son champ d'application ne soit pas déterminé au regard d'une religion en tant qu'institution, mais en considération de l'individu seul. Du reste, cette hypothèse ne portait pas atteinte à la séparation des Églises et de l'État, ni au principe de neutralité. Au contraire : s'il se réfère à la conception personnelle qu'a l'individu de sa religion, le juge ne se fait ni le bras séculier de la religion, ni l'interprète des écritures saintes. Ensuite, il nous a semblé opportun, sinon indispensable, de placer l'individu au centre du prisme d'analyse. Parce qu'il est le titulaire de la liberté, mais aussi parce que ce prisme permettait de faire entrer dans le champ d'application de la liberté de pensée, de conscience et de religion tant les convictions s'inscrivant dans une religion déterminée que celles qui s'en émancipent. Enfin, la notion de « conviction » nous semblait évacuer la problématique inhérente à la définition de la « religion ». Celle là-même qui donne depuis toujours pose problème aux penseurs tant de la sociologie que de l'histoire des religions, n'est-elle pas « un mélange hétérogène de doctrines philosophiques et sociales, d'éléments fantastiques, de sentiments et de pratiques de la nature la plus diverse »²⁰³³ ?

« Le terme religion est une catégorie abstraite susceptible de recouvrir une multitude de réalités différentes. En témoigne d'ailleurs la régularité avec laquelle ressurgit périodiquement la question de la définition de la religion, véritable serpent de mer sociologique »²⁰³⁴.

²⁰³³ A. BRELICH, « Prolégomènes à une histoire des religions », in *Histoire des religions*, sous la dir. de H.-C. PUECH, Gallimard, 1976, vol. 1, p. 3, spéc. p. 4.

²⁰³⁴ C. DUVERT, « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *R.R.J. Droit prospectif*, 1996, n° 3, p. 737 (voir p. 739).

Les « convictions religieuses » nous ont semblé pouvoir, si ce n'est contourner, au moins intégrer cette problématique en ne faisant pas dépendre de la définition de la religion le régime juridique de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Le droit canadien en la matière nous fournissait un éclairage intéressant puisque les « convictions religieuses » y sont considérées comme un objet à part entière de protection des lois canadiennes sur les droits fondamentaux. La religiosité des convictions y est envisagée comme une « religion personnelle », c'est-à-dire centrée sur la perception individuelle. En ce sens, il n'y a juridiquement pas de religion(s), mais il y a des religions personnelles. Cette hypothèse posait toutefois un problème en termes de qualification. En effet, à supposer que la notion covalente retenue soit celle de « convictions religieuses », il aurait été nécessaire d'apprécier le caractère « religieux » desdites convictions, sinon, l'adjectif perdait de son intérêt. La doctrine a développé des critères en vertu desquels un décideur pourrait qualifier une conviction de « religieuse », soit par exemple :

« 1) sa nature éminemment non-démontrable, qui relève de la croyance ou foi individuelle ; 2) son rapport avec un “pouvoir surnaturel” ou son caractère métaphysique; et finalement 3) son lien avec une “religion” »²⁰³⁵.

En pensant affranchir le raisonnement juridique de toute tentative définitionnelle de la religion, nous ne faisons en réalité que déplacer le problème en modifiant la terminologie et en décalant le prisme vers la perception individuelle. C'est pourquoi il nous a semblé nécessaire de ne pas avoir à nous interroger sur le caractère religieux d'une conviction donnée. Dans le même temps, la réalité sociale de la religion et de la religiosité ne pouvait être éludée : elle est incontournable. La dimension religieuse constitue parfois un élément fondamental du litige, et comme le souligne Myriam PENDU :

« Quelle que soit la diversité des situations juridiques soumises à l'appréciation des magistrats, elles présentent la similarité de trouver leur source dans l'existence de convictions religieuses chez l'un ou/et l'autre des protagonistes. Elles ne s'éclairent alors pleinement qu'à la lumière de la dimension religieuse qui les caractérise »²⁰³⁶.

C'est pourquoi le caractère religieux des convictions devait selon nous trouver une place dans le raisonnement juridique sans devenir un élément déterminant de l'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion, mais comme un élément en facilitant le constat d'applicabilité.

450. Hypothèse retenue : la notion covalente de « convictions protégées ». Une dernière question nous a permis d'éluder la nécessité d'une qualification des convictions protégées en tant

²⁰³⁵ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 42.

²⁰³⁶ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Deffrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 194.

que « convictions religieuses », ce qui aurait supposé que l'on puisse les distinguer juridiquement des « convictions philosophiques » : cette distinction est-elle nécessaire ? Est-il juridiquement opportun de créer des subdivisions au sein de la notion de « convictions » ? Une réponse positive ne pouvait être admise que si l'on établissait que la protection accordée à un type de convictions devait être différente de celle accordée à l'autre. C'est-à-dire que la distinction suggère une hiérarchisation de la protection offerte à ces convictions, ce que nous ne pensons ni souhaitable ni conforme au droit positif. L'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen protège les opinions « mêmes religieuses », ce qui suppose que toutes les opinions doivent être juridiquement placées sur un pied d'égalité, même si elles sont distinguées dans le langage courant. Certes, la Cour EDH a déjà reconnu la spécificité de la protection offerte aux convictions religieuses lorsqu'elle a considéré qu'une « plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion »²⁰³⁷. Mais en réalité cette spécificité de la garantie des convictions religieuses ne leur est pas exclusive, et si les premiers arrêts de la Cour EDH ont semblé « sanctuariser les convictions religieuses »²⁰³⁸ (dans le champ particulier de la liberté d'expression), cette hypothèse a été relativisée par des statuts protecteurs offerts à d'autres formes de manifestation (telles que les débats d'idées). De surcroît, sur quel motif aurait-on pu justifier que la protection offerte par la liberté de pensée, de conscience et de religion soit plus forte pour l'une ou l'autre des catégories de convictions protégées ? Les « convictions religieuses » ont-elles un caractère propre qui les différencie des convictions en général et qui justifie un traitement particulier ?

451. Finalement, c'est le parti de Patrice ROLLAND que nous avons choisi de suivre, c'est-à-dire celui de ne pas fournir de qualification distincte et de ne pas entrer dans le « débat sans fin »²⁰³⁹ qui consisterait à essayer de distinguer les convictions religieuses des convictions non-religieuses, des convictions historiques ou nouvelles, des convictions morales ou encore philosophiques. La notion de convictions suffit. Comme le souligne l'auteur, les magistrats n'ont d'ailleurs « pas très envie » de se lancer eux-mêmes « dans la discrimination de ce qui est religieux et de ce qui ne l'est pas »²⁰⁴⁰.

²⁰³⁷ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1995, req. n° 17419/90, § 58.

²⁰³⁸ G. GONZALEZ, « Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CRDF*, 2010, n° 8, p. 91 (voir p. 95).

²⁰³⁹ P. ROLLAND, in "*L'Europe occidentale et les nouvelles convictions*", *Colloque International "Droits de l'homme et liberté de religion : pratiques en Europe occidentale"*, *Conscience et liberté*, 2001, n° 61, p. 89, spéc. p. 95-96.

²⁰⁴⁰ *Idem*.

« Ceci, [ajoute-t-il], a toujours un petit relent de guerre de religions et de discrimination, alors que l'idée de conviction permet précisément de rassembler tout le monde, y compris les athées »²⁰⁴¹.

D'ailleurs, l'athéisme relève bien de la liberté de pensée, de conscience et de religion ; la Cour EDH ayant même déclaré que la teneur philosophique de ce courant de pensée, qui « ne fai[sai]t qu'exprimer une certaine conception métaphysique de l'homme » et « conditionn[ait] sa perception du monde et justifi[ait] son action », n'était pas suffisant pour valablement distinguer l'athéisme d'un culte religieux au sens classique²⁰⁴². Finalement, la notion-covalente appropriée nous semble résider dans la notion, plus explicite, plus opérationnelle et plus neutre, de « convictions protégées ».

452. La notion covalente étant élaborée, reste à en déterminer les éléments permettant d'identifier une conviction protégée. C'est dans le test de sincérité (**B**) que se trouvent les outils de cette qualification.

B. Le test de sincérité

« Dans ce qu'il croit, tout homme est convaincu qu'il a raison »²⁰⁴³.

453. À l'identification du contenu de ce test (**1**), qui tient au caractère sincère de la conviction pour qu'elle puisse être protégée, succèdera l'analyse des enjeux inhérents au contrôle de la sincérité de la croyance (**2**).

1. Influences et contenu

« Sincerity...requires correspondence between what people say, what they intend to say, and what they believe »²⁰⁴⁴.

454. Un critère sous influence américaine. Fers de lance de la subjectivisation de la liberté de religion, les tribunaux américains ont corrélativement élaboré toute une méthodologie d'évaluation de la sincérité de la croyance, critère déterminant à la qualification juridique des faits sous l'angle de la liberté de religion, sans tomber dans l'évaluation de sa véracité ou de sa validité.

²⁰⁴¹ *Idem.*

²⁰⁴² En l'occurrence, l'État n'était donc pas fondé à lui accorder un statut juridique radicalement différent de celui des cultes religieux ; cf. Com. EDH [plén.], *Union des Athées c. France*, 6 juil. 1994, req. n° 14635/89, § 79.

²⁰⁴³ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, Flammarion, 2007, p. 129.

²⁰⁴⁴ M. SCHWARTZMAN, « Judicial Sincerity », *Virginia Law Review*, 2008, vol. 94, p. 987 (voir p. 992).

Les juridictions se sont ainsi montrées capables d'identifier des revendications religieuses insincères, ne méritant pas la protection de cette liberté fondamentale²⁰⁴⁵. Pour ce faire, deux indices sont appréciés : d'abord, les juges recherchent l'existence d'un intérêt personnel séculier susceptible de motiver une demande insincère, puis ils se livrent à l'analyse du comportement du demandeur.

455. Le premier examen de la sincérité consiste ainsi pour les juges à rechercher s'il n'existe pas, en l'espèce, un élément pouvant être de nature à motiver l'intéressé à se fabriquer une conviction religieuse pour satisfaire cet intérêt. Tel peut par exemple être le cas lorsque la conviction revendiquée est invoquée pour justifier une consommation de drogue, illicite sous l'empire du droit commun. Les tribunaux sont généralement sceptiques à l'idée de soutenir des objections de nature religieuse à l'application au requérant des lois prévenant l'usage de drogues. Ceux-ci se montrent en effet méfiants à l'égard de croyances religieuses revendiquées ou d'appartenance à des « Églises » n'existant que pour satisfaire « le désir de consommer des stupéfiants et d'en jouir pour un usage personnel, indépendamment d'une quelconque expérience religieuse »²⁰⁴⁶. C'est ainsi par exemple que deux requérants se disant les fondateurs de « l'Église de la Connaissance » et s'opposant à leur condamnation pénale au motif que ladite église voyait dans la marijuana une divinité et un sacrement furent déboutés pour insincérité. La Cour d'appel du Tenth Circuit observa, pour justifier sa décision, que des preuves solides avaient lourdement suggéré que l'usage de marijuana par les requérants était davantage motivé par des intérêts commerciaux ou séculiers plutôt qu'à des convictions religieuses sincères²⁰⁴⁷. Un contentieux important s'est également développé au sujet des revendications religieuses par des détenus, lesquels contestent régulièrement le régime alimentaire, hygiénique ou même les règles d'organisation générale de la prison, pour des motifs religieux tantôt sincères, tantôt non²⁰⁴⁸.

456. Dans un second temps, les tribunaux recherchent des indices quant à la sincérité de sa croyance dans le comportement du demandeur. On observera à cet égard que parce qu'il se réfère au comportement du croyant, cet examen ne peut porter que lorsque des éléments relatifs à la manifestation d'une conviction sont en jeu. À ce stade de l'analyse, la pratique régulière et cohé-

²⁰⁴⁵ Pour un retour sur l'expérience des juridictions américaines dans l'identification des croyances sincères, v. B. ADAMS et C. BARMORE, « Questioning Sincerity: The Role of the Courts After Hobby Lobby », *Stanford Law Review*, 2014, 67, p. 59.

²⁰⁴⁶ U.S. District Court for the District of Columbia, *United States v. Kuch*, 288 F. Supp. 439, 444 (D.D.C. 1968).

²⁰⁴⁷ US Court of Appeals for the Tenth Circuit, *United States v. Quaintance*, 608 F.3d 717 (10th Cir. 2010), § 718.

²⁰⁴⁸ V. par ex. US Court of Appeals for the Eighth Circuit, *Ochs v. Thalacker*, 90 F. 3d 293, 296 (CA8 1996); US District Court of Missouri, *Green v. White*, 525 F. Supp. 81, 83–84 (ED Mo. 1981) ; US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Abate v. Walton*, 1996 WL 5320, *5 (CA9, Jan. 5, 1996); Supreme Court of Iowa, *Winters v. State*, 549 N. W. 2d 819–820 (Iowa 1996).

rente constitue un bon indice de la sincérité. Néanmoins, les juridictions doivent veiller à ne pas faire d'une croyance nouvelle ou irrégulière une croyance insincère. De façon critiquable, certains tribunaux américains prennent toutefois en considération les irrégularités entre la croyance invoquée par le requérant et son comportement²⁰⁴⁹. Cela étant, l'examen de la sincérité de la croyance doit tout de même autoriser une pratique « imparfaite » à l'égard des convictions invoquées²⁰⁵⁰ : une croyance respectée ou pratiquée de façon irrégulière n'est pas nécessairement insincère et ne doit pas faire l'objet d'une présomption en ce sens.

457. Finalement, le critère de la sincérité à l'américaine suppose une enquête minimale, et *a minima*, sur la sincérité de la croyance.

« Especially given the widening understanding of what constitutes religion in our society, the very rights ostensibly protected by the free exercise clause might well be jeopardized by any but the most minimal inquiry into sincerity »²⁰⁵¹.

Ce contrôle minimal est similaire au Canada, où la religion personnelle et la croyance sincère constituent les deux critères permettant de caractériser les convictions religieuses protégées par les lois canadiennes sur les droits fondamentaux.

458. Au Canada, la sincérité comme critère déterminant. Corollaire du critère de la religion personnelle, le critère de la sincérité de la croyance a été explicitement consacré dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*. Prenant le contrepied du juge de la Cour supérieure du Québec qui, dans la même affaire, avait exigé de la croyance qu'elle repose sur l'existence d'un précepte religieux pour être sincère, le juge IACOBUCCI y avait souligné que l'accent doit être mis sur « le choix personnel exercé à l'égard des croyances religieuses »²⁰⁵². À ce stade de l'examen de l'applicabilité de la liberté de religion, il s'agit pour le juge de s'assurer que « la croyance religieuse qui est invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice »²⁰⁵³. En aucune manière il n'est ici question de contrôler la force de la croyance pour en déduire qu'elle est suffisamment forte pour constituer une conviction. Comme le soulignera le juge MCLACHLIN dans l'affaire *R. c. N.S.*, cette appréciation intervient au moment de la mise en balance et du contrôle de proportionnalité, lorsqu'il s'agira – et c'est une particularité canadienne – de déterminer la nécessité et la teneur d'un éventuel accommodement raison-

²⁰⁴⁹ V. par ex. District of Columbia Court of Appeal, *Dobkin v. District of Columbia*, 194 A.2d 657, 659 (D.C. 1963). La Cour d'appel jugea insincère la croyance d'un requérant se prétendant juif qui avait refusé de comparaître un jour de Sabbath, alors qu'il avait été établi qu'il travaillait les samedis.

²⁰⁵⁰ Sur ce point, v. K. BRADY, « Religious Sincerity and Imperfection: Can Lapsing Prisoners Recover Under RFRA and RLUIPA ? », *University of Chicago Law Review*, 2011, n° 78, p. 1431.

²⁰⁵¹ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2 éd., The Foundation Press, 1988, p. 1245-1246.

²⁰⁵² CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 43.

²⁰⁵³ *Ibid.*, § 52.

nable²⁰⁵⁴. Finalement, au Canada, l'examen de la sincérité ressemble à l'analyse menée aux États-Unis. Il repose sur les éléments suivants :

« Une croyance sincère est une croyance honnête ; un tribunal doit s'assurer qu'elle invoquée de bonne foi, qu'elle n'est pas un artifice. Il s'agit là d'une question de fait reposant notamment sur la crédibilité du témoignage du demandeur et sur les pratiques religieuses courantes de celui-ci. Comme cet examen a pour objet la conception subjective que se fait le demandeur de ses obligations religieuses, aucune preuve par expert n'est requise. Enfin, l'examen de la sincérité doit viser la croyance au moment de l'atteinte à la liberté ; aussi ne convient-il pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur »²⁰⁵⁵.

Dans l'affaire *R. c. N.S.*²⁰⁵⁶, plusieurs développements furent consacrés à l'examen de la conviction protégée, rappelant en premier lieu que le critère cible la sincérité de la croyance, et non sa force ; celle-ci n'ayant vocation à être prise en considération qu'au moment de la mise en balance des droits²⁰⁵⁷. La Cour Suprême n'exclut pas non plus totalement la possibilité pour les juridictions d'apprécier la sincérité à l'aune de la pratique antérieure ; cependant, cette appréciation doit tenir compte de deux éléments. D'abord, que si l'adhésion incohérente à une pratique religieuse peut suggérer un manque de sincérité dans la croyance, ce n'est pas nécessairement le cas ; autrement dit, que le défaut de sincérité ne se présume pas par une pratique irrégulière ou incertaine²⁰⁵⁸. Ensuite, que la pratique antérieure doit être appréciée *contextuellement* ; c'est-à-dire que les juges ne sauraient refuser à un demandeur le bénéfice de la liberté de religion pour défaut de sincérité si le constat d'irrégularités dans la pratique religieuse passée ne tient pas compte des circonstances dans lesquelles les écarts reprochés ont eu lieu. Par exemple, dans l'affaire étudiée, le premier juge avait, à tort, retenu que le fait pour la requérante d'avoir retiré son niqab sur la photographie de son permis de conduire, ainsi que d'affirmer accepter le retirer dans l'hypothèse d'un contrôle de sécurité, constituaient des éléments de nature à mettre en cause la force de sa croyance (sic !) et justifiaient qu'elle ne puisse bénéficier à ce titre de la protection offerte par la liberté de religion.

459. En droit européen des droits de l'homme, le multicritère du degré suffisant de force, de sérieux de cohérence et d'importance. Selon la Cour de Strasbourg, la « conviction » visée à l'article 9 de la Convention et à l'article 2 du Premier Protocole additionnel se distingue de

²⁰⁵⁴ V. CSC, *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, § 13.

²⁰⁵⁵ H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, Wilson & Lafleur, 2016, p. 94.

²⁰⁵⁶ CSC, *R. c. N.S.*, préc. ; v. le commentaire de la décision : C. LANDHEER-CIESLAK, « Le juge et la femme voilée : quelle neutralité pour la salle d'audience au Canada et au Québec ? », *JCP A*, 2018, n° 27, 2206.

²⁰⁵⁷ CSC, *R. c. N.S.*, préc., § 13 : « While, as I will discuss, the strength of a claimant's religious belief may be relevant in balancing it against the accused's fair trial rights, the belief need only be sincere in order for it to receive protection » (nous soulignons).

²⁰⁵⁸ *Idem* : « A sincere believer may occasionally lapse, her beliefs may change over time or her belief may permit exceptions to the practice in particular situations ».

simples opinions ou idées et désigne « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »²⁰⁵⁹. Le critère du « certain degré de force » porte, selon nous, à confusion puisque l'on pourrait penser qu'il renvoie au degré d'importance de la conviction aux yeux du croyant. Un tel élément ne doit cependant pas, nous semble-t-il, être analysé au stade de l'applicabilité de la liberté de religion mais au moment de la mise en balance²⁰⁶⁰. Il est néanmoins très probable que la référence à la « force » dans le multicritère européen corresponde plutôt au caractère structurant et contraignant de la conviction. Cela supposerait que pour revêtir les caractères d'une conviction protégée, la croyance doit produire chez le croyant des effets normatifs. En outre, la lecture de l'arrêt *Bayatyan* nous fournit un indice laissant penser que le multicritère s'apparente à une condition de sincérité et de sérieux de la croyance revendiquée. Cet arrêt, fondateur en matière d'objection de conscience, indique en effet que « l'opposition au service militaire, lorsqu'elle est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou non, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 »²⁰⁶¹.

460. Bilan : une croyance sincère et sérieuse. L'étude des critères de la sincérité adoptés en droit américain, canadien et européen nous a montré que le cœur du contrôle opéré par les juridictions en matière de liberté de religion cherche à privilégier le croire, plutôt que ce qui est cru. Cela revient donc à délaisser l'examen des croyances en tant que telles pour se focaliser pour l'acte de croire : le contenu de la croyance y est moins important que son caractère normatif aux yeux du croyant. La spécificité de la liberté de croyance réside alors, comme l'indique le Professeur SOLER-COUTEAUX dans la spécificité des croyances religieuses, celles-là mêmes qui « donnent aux fidèles le sentiment impérieux d'avoir à remplir des devoirs résultant de leurs convictions ». C'est pourquoi, ajoute-t-il, « le droit de conformer son comportement à ce qu'elles exigent doit être consacré au profit de l'individu qui les professe sincèrement »²⁰⁶². Bien qu'il n'ait pas été consacré par la jurisprudence judiciaire française, ce critère de la sincérité avait pourtant été évoqué dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1912 qui avait établi que la liberté religieuse protège toutes les croyances « pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi »²⁰⁶³, mais

²⁰⁵⁹ Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1982, req. n° 7511/76, 7743/76, § 36.

²⁰⁶⁰ V. *infra* n° 487s. à propos de l'identification et de la commensurabilité des intérêts protégés.

²⁰⁶¹ Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 110 (nous soulignons). En l'espèce, l'appartenance du requérant au mouvement des Témoins de Jéhovah avait conféré une présomption de sincérité et de sérieux à ses convictions avancées pour contester son obligation d'effectuer le service militaire.

²⁰⁶² P. SOLER-COUTEAUX, « La déclinaison juridique de la tolérance », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 1421 (voir p. 1430).

²⁰⁶³ CA Paris, 4 déc. 1912, *D.* 1914. 2. 213.

dont les termes n'ont jamais été consacrés par la Cour de cassation. En doctrine, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu en 1912, est pourtant une décision dont la motivation a marqué les esprits et à laquelle les auteurs se réfèrent régulièrement – si ce n'est systématiquement – lorsqu'il s'agit d'aborder la protection judiciaire de la liberté de religion ou encore la neutralité de l'État. La méthode d'examen de la sincérité suivie aux États-Unis fournit sans nul doute une grille de lecture aux juridictions judiciaires françaises importable dans le raisonnement juridique. Les enjeux qui y sont associés pourraient terminer de convaincre quant à la nécessité de suivre ce procédé (2).

2. *Enjeux*

461. Un critère purement symbolique ? Des auteurs canadiens tels que Louis-Philippe LAMPRON se sont interrogés sur l'effectivité de ce critère qui semble confier au juge des possibilités de contrôle très limitées. Pour l'auteur, les modalités d'appréciation de ce critère restreignent considérablement la marge de manœuvre laissée aux tribunaux, voire leur coupe « l'herbe sous le pied » en ce qui a trait à la possibilité d'exclure intrinsèquement une conviction donnée du champ des convictions religieuses protégées²⁰⁶⁴. En effet, la jurisprudence canadienne exige que l'examen de la sincérité vise la croyance au moment de l'atteinte à la liberté, ce qui empêche le tribunal d'analyser rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur²⁰⁶⁵. Cette condition, destinée à protéger le justiciable contre l'éventualité que lui soient opposés les compromis qu'il aurait pu faire par le passé « pour participer à un aspect de la vie en société »²⁰⁶⁶, mais aussi à lui garantir la possibilité d'être protégé par la liberté de religion dès l'instant où il fait le choix de se convertir, aurait pour conséquence de priver le juge de l'un des principaux moyens de vérifier la parole de l'intéressé en évaluant la conformité des actes antérieurs avec les prétentions avancées. Autrement dit, il incomberait aux juges de faire preuve d'une grande ouverture d'esprit, si ce n'est de bienveillance, dans l'examen de la sincérité des croyances. Et si le résultat de cette démarche conduit à élargir considérablement le giron de protection de la liberté de religion, le contrôle et les limitations à ce droit s'apprécieront avec plus de potentialités au stade de la mise en balance des droits et du contrôle de proportionnalité²⁰⁶⁷. Tout se passe comme si le fait pour le requérant de se présenter devant les tribunaux en avançant la protection de sa liberté de religion suffisait à

²⁰⁶⁴ L.-P. LAMPRON, *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 93.

²⁰⁶⁵ V. en ce sens, H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, Wilson & Lafleur, 2016, 2a)/8.

²⁰⁶⁶ CSC, *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, § 13.

²⁰⁶⁷ V. en ce sens, J. WOERHLING, « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 116 (voir p. 160-163).

construire une présomption – théoriquement – réfragable de la sincérité de la croyance avancée. En cela, le critère de la croyance sincère n’aurait qu’une valeur principalement symbolique.

Pour Louis-Philippe LAMPRON, un calibrage des critères d’applicabilité de la liberté de religion est donc nécessaire. Le professeur regrette que les critères d’identification des « convictions religieuses » employés en jurisprudence depuis l’arrêt *Amselem* y soient tellement larges qu’ils ne permettent plus aucun contrôle judiciaire de l’applicabilité de la liberté de religion²⁰⁶⁸. Celui-ci a en effet constaté que des « convictions religieuses préjudiciables », qui avaient été reconnues comme relevant du champ d’application de la liberté de religion, finissaient tout de même par être exclues du giron de protection des lois sur les droits fondamentaux au stade ultérieur de l’analyse, celui de la justification raisonnable des atteintes. Le contrôle judiciaire n’est alors opéré qu’au stade de l’analyse casuistique de mise en balance des droits et intérêts en jeu, pour finalement exclure de la protection des convictions attentatoires aux droits et libertés d’autrui. En fait, la Cour Suprême canadienne s’est toujours montrée réticente à poser des limites internes, c’est-à-dire abstraites, à la liberté de religion. Ce principe de non exclusion des convictions religieuses préjudiciables domine en jurisprudence depuis l’arrêt *Children’s Aid*. En l’espèce, le refus de deux Témoins de Jéhovah, au nom de leurs convictions religieuses, de permettre que leur enfant reçoive une transfusion sanguine a été jugé couvert par la liberté de religion, même si ce refus était susceptible d’être « fatal » à l’enfant²⁰⁶⁹. Or, ce principe de non-exclusion systématique des convictions religieuses préjudiciables du champ de protection de la liberté de religion y est formulé de manière si large que même les actes « physiquement violents » ne semblent pas pouvoir être exclus *ab initio*²⁰⁷⁰. Pour Louis-Philippe LAMPRON, ce principe « semble même empêcher l’exclusion de celles dont le respect implique, non pas un simple risque, mais une atteinte directe à l’intégrité physique des individus, telles que l’excision, l’infibulation, le sati, ou encore les cas où le recours à des actes de violence physique est “autorisée” par des règles religieuses (que ce soit entre conjoints, des parents envers les enfants ou des adeptes envers les non-adeptes) »²⁰⁷¹. Jusqu’alors, la protection des convictions religieuses préjudiciables n’a été intrinsèquement limitée qu’exceptionnellement, par transfert vers les limitations intrinsèques de la liberté d’expression de ces convictions et non pas au regard des convictions en elles-mêmes²⁰⁷². Cette stratégie jurisprudentielle conduit certes à limiter en pratique les convictions religieuses préjudiciables, mais pas sous l’angle de la liberté de

²⁰⁶⁸ V. notamment L.-P. LAMPRON, « Pour que la tempête ne s’étende jamais hors du verre d’eau : réflexions sur la protection des convictions religieuses au Canada », *McGill Law Journal*, 2010, n° 55 (4), p. 744.

²⁰⁶⁹ CSC, *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 SCR 315, § 44 et 123.

²⁰⁷⁰ V. en ce sens, L.-P. LAMPRON, *L’existence d’une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011], p. 101-102.

²⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 101-102.

²⁰⁷² V. Cour Suprême de l’Île du Prince Édouard, *Director of Child Welfare (P.E.I.) v. S.P.L and H.L.* (2002) Nfld & P.E.I.R. 197 ; et L.-P. LAMPRON, *L’existence d’une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, préc., p. 102.

religion, ce qui laisse supposer qu'il n'existe pas au Canada de limitation intrinsèque aux convictions religieuses en tant qu'objets de protection des *lois sur les droits fondamentaux*²⁰⁷³.

462. Le symbole d'une neutralité étatique claire. La neutralité religieuse de l'État est l'un des piliers de la laïcité française dont l'application aux juridictions judiciaires génère, tel que nous l'avons exposé dans la première partie de cette thèse, une instabilité de la jurisprudence en matière religieuse. C'est pourquoi le critère de la sincérité, par le renvoi à la perception subjective et personnelle du demandeur, se ferait à la fois le garant d'une liberté élargie et le symbole d'une neutralité étatique claire²⁰⁷⁴. Il ne conduirait pas les juges judiciaires à apprécier le caractère religieux d'une conviction avancée devant eux. Le critère implique en outre la reconnaissance de l'identité personnelle de chacun, enjoint à son respect et à sa préservation. Son caractère subjectif ôte certes un certain degré de contrôle aux juges judiciaires, mais cette marge s'apparente davantage à un verrou de neutralité axiologique qu'à une lacune théorique. Il est en effet certainement plus viable en termes de neutralité du raisonnement que les juges ne jouissent pas d'un large pouvoir d'appréciation dans leur pouvoir d'exclusion d'une croyance du giron de protection de la liberté de religion. D'ailleurs, gage probable de son intérêt pratique, le critère de la sincérité de la croyance s'est pérennisé dans la jurisprudence canadienne en dépit des critiques qui ont pu lui être adressées.

463. Une approche protectrice des croyances individuelles, l'exemple du syncrétisme religieux. Cette approche permet de ne pas exclure *ab initio* du champ de protection de l'article 9 des convictions qui se distinguent d'une appartenance religieuse spécifique ou qui s'éloignent des dogmes professés par une religion en particulier. En ce sens, elle se fait davantage protectrice du syncrétisme religieux – et de fait, ne pourrait-on pas dire de la diversité ? – que l'approche française, référencée sur la communauté.

En effet, le syncrétisme religieux se présente à la fois comme le mélange d'éléments de plusieurs cultures ou systèmes et comme la fusion de différents cultes ou doctrines religieuses. À l'origine, le terme est entendu dans un sens péjoratif comme « l'amalgame d'éléments religieux ou culturels de provenances diverses »²⁰⁷⁵. C'est à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle qu'il fit son entrée dans le vocabulaire d'histoire des religions et il faudra attendre la première moitié du

²⁰⁷³ Pour Louis-Philippe LAMPRON, cette méthode révèle que « l'état actuel du droit canadien octroie un statut privilégié aux dispositions protégeant les convictions religieuses par rapport aux autres droits et libertés fondamentaux », L.-P. LAMPRON, *op. cit.*, p. 105-106.

²⁰⁷⁴ Cf. N. BOUTOUBA, *La liberté de religion : Perspectives comparées France-Canada*, [th. Montpellier : 2015], p. 357s.

²⁰⁷⁵ P. GISEL, « Syncrétisme », in *Encyclopédie du protestantisme*, sous la dir. de P. GISEL, PUF, 1995. Sur le syncrétisme et l'usage qui est fait du terme, v. F. BOESPFLUG, « Le syncrétisme et les syncrétismes. Périls imaginaires, faits d'histoire, problèmes en cours », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2006/2, tome 90, p. 273.

XX^e siècle pour qu'il perde progressivement sa connotation négative et soit employé pour décrire les recompositions religieuses en cours dans les sociétés occidentales et les phénomènes d'interpénétration des cultures et religions. Dans une perspective syncrétiste, on dit ainsi de la personne qu'elle « bricole » sa religion ; ses convictions religieuses pouvant tout à fait se composer d'un patchwork de religions, de cultures et de traditions diverses. Cette religiosité est « un religieux “sauvage”, informel, disséminé, qui, tout en étant déconnecté par rapport aux grands appareils du croire, peut s'y rapporter de façon sporadique en utilisant certaines de ses offres »²⁰⁷⁶. Il est évident que cette recomposition socioreligieuse peut surprendre, tant la vision que nous avons du religieux est attachée à l'idée d'une adhésion monolithique à une institution organisée, structurée autour de dogmes bien définis. Pourtant, elle se présente de plus en plus comme une réalité sociologique qu'il incombe certainement aux tribunaux de traduire dans le champ juridique. Or, le syncrétisme religieux pourrait « se trouver à la base de “convictions” qui, selon les contextes et les instances décisionnelles devant qui elles seraient invoquées, pourraient ne pas être considérées comme des “convictions religieuses” »²⁰⁷⁷ justement parce qu'elles ne pourraient pas être rattachées à un mouvement religieux en particulier, ou inversement parce qu'elles se rattacheraient à plusieurs. Tel serait le cas dans l'hypothèse où la religiosité serait appréciée avant tout à l'aune de l'appartenance à une communauté religieuse. En soumettant la liberté individuelle à des considérations collectives, certains choix de vie qui ne seraient pas liés à une conception voyant dans la religion une entité sociale, quand bien même ces comportements seraient motivés par des convictions structurantes pour l'individu, seraient exclus de la protection de la liberté de religion. Le champ de protection de cette dernière s'en verrait manifestement réduit et inadapté à une fraction de réalités sociales.

464. Transition. Pour les convictions ayant passé le test de sincérité, un examen complémentaire doit être mené pour caractériser la première étape de la prise en compte des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire : il consiste dans la recherche d'un lien étroit entre la conviction et sa manifestation (II).

II. LA CARACTERISATION D'UNE MANIFESTATION DE RELIGION OU DE CONVICTION

²⁰⁷⁶ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2^e éd., LexisNexis, 2013, p. 305, n° 523.

²⁰⁷⁷ L.-P. LAMPRON, *op. cit.*, p. 48.

465. La binarité de la liberté de pensée, de conscience et de religion a pour conséquence méthodologique celle de distinguer selon que le cas se situe dans le champ du for intérieur ou dans celui de la manifestation d'une conviction. Dans le premier cas, toute intrusion dans la conscience de l'individu constitue une violation de sa liberté de pensée, de conscience et de religion. Dans le second, une condition supplémentaire à la mise en œuvre de la liberté de religion est ajoutée : il advient de démontrer qu'il y a bien eu une ingérence (**B**) dans la manifestation de la conviction protégée (**A**).

A. Fondement : les manifestations de convictions au sens de la liberté de pensée, de conscience et de religion

466. **Inventaire à la Prévert.** Les manifestations de religion ou de conviction au sens de la liberté de pensée, de conscience et de religion sont énumérées à l'article 9 de la Convention EDH comme prenant la forme de « l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ». Comme le souligne le professeur Patrice ROLLAND,

« Le souci de précision et d'exhaustivité dans l'énumération des différents moyens de manifester sa religion indique assez l'importance que les rédacteurs accordaient à cet aspect de la liberté. Il faut y voir aussi le souci de couvrir l'ensemble des formes de manifestation dans toutes les religions et de ne pas se laisser enfermer dans les modèles dominants ou les plus répandus »²⁰⁷⁸.

Dans ce souci de couvrir l'ensemble des formes de manifestation de convictions, il importe donc que les critères de qualification ne soient pas envisagés de façon trop restrictive, ni de façon contraire à l'obligation de neutralité qui pèse sur l'État. C'est pour cette raison que la qualification d'une manifestation de religion ou de conviction repose sur un critère subjectif (1), construit sur la base de l'autoréférencement individuel, mais s'apprécie aussi à l'aide d'indices objectifs permettant que soit exercée une certaine forme de contrôle juridictionnel (2).

1. Un critère subjectif

467. **La manifestation d'une religion ou d'une conviction : une qualification exercée par l'individu.** À partir de la jurisprudence *Manoussakis*, où il fut précisé qu'il n'appartenait pas à l'État de se livrer à l'appréciation des modalités d'expression des croyances²⁰⁷⁹, pourrait découler le principe selon lequel c'est à l'individu qu'il appartient de décider de quelle manière il entend manifester sa religion ou sa conviction. Dans cette perspective, les États ne pourraient exercer

²⁰⁷⁸ P. ROLLAND, « Ordre public et pratiques religieuses », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 231 (voir p. 240).

²⁰⁷⁹ Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 sept. 1996, req. n° 18748/91, § 47.

qu'un contrôle minimum sur la qualification de manifestation de la religion ou de la conviction, et le critère d'appréciation dont disposerait le juge porterait alors moins sur la nature de la manifestation que sur ses caractères subjectifs. En pratique, cela revient à s'en remettre à l'auto-qualification de la manifestation de la religion ou de la conviction par le croyant, dès lors qu'elle n'est ni déraisonnable ni dépourvue de fondement²⁰⁸⁰. Cette perspective figure dans de nombreuses opinions de juges dissidents mais n'a semble-t-il jamais été adoptée par la Cour de Strasbourg qui persiste à rechercher des caractéristiques objectives des formes de manifestation de la religion ou de la conviction. Dans une décision *Daratsakis c. Grèce*²⁰⁸¹, la Commission avait pourtant ébauché cette appréhension subjectivée, en considérant que la manifestation d'une religion devait pouvoir être interprétée comme une « expression essentielle et cohérente des convictions religieuses du requérant ». Le raisonnement s'était poursuivi par des développements s'appuyant sur des indices objectifs de la manifestation, référencés sur l'appartenance religieuse du croyant (comme par exemple l'attitude des coreligionnaires ou le support des autorités ecclésiastiques). Dans l'affaire *S.A.S. contre France*, cette priorité accordée à la qualification qu'a donné le requérant de son comportement en tant que manifestation de religion ou de conviction a été réitérée. La Grande Chambre y jugea, à propos du port du voile intégral, que l'on ne saurait exiger d'une requérante se prévalant de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction « ni qu'elle prouve qu'elle est musulmane pratiquante, ni qu'elle démontre que c'est sa foi qui lui dicte de porter le voile intégral » mais qu'en revanche « ses déclarations suffisent à cet égard, dès lors qu'il ne fait pas de doute qu'il s'agit là pour certaines musulmanes d'une manière de vivre leur religion et que l'on peut y voir une “pratique” au sens de l'article 9 § 1 de la Convention »²⁰⁸². Une nouvelle fois, le critère subjectif est affirmé, puis appuyé par des éléments objectifs d'appréciation (la comparaison avec la pratique d'autres femmes musulmanes). Aussi, l'appréciation du critère subjectif peut-elle être conduite à l'aune d'indices objectifs (2).

2. Des indices objectifs

468. L'existence d'un lien direct entre la conviction et sa manifestation. À supposer qu'une conviction atteigne le degré de sérieux, de cohérence et d'importance requis par le test de sincérité, tout acte inspiré, motivé ou influencé par elle ne peut cependant passer pour en constituer une « manifestation ». Ainsi, il est de jurisprudence constante qu'une action ou une omission

²⁰⁸⁰ P. ROLLAND, « Ordre public et pratiques religieuses », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 231 (voir p. 243), reprenant le principe de la priorité de la qualification adoptée par l'individu posé par les juges dissidents VILHJÁLMSON et JAMBREK sous l'arrêt Cour EDH, *Valsamis c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 21787/93.

²⁰⁸¹ Com. EDH [déc.], *Daratsakis c. Grèce*, 7 oct. 1987, req. n° 12902/87.

²⁰⁸² Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 56.

n'étant pas l'expression directe d'une conviction ou n'ayant qu'un rapport lointain avec un principe de foi échappe à la protection la liberté de pensée, de conscience et de religion : pour être qualifié de « manifestation » au sens de l'article 9, l'acte en question doit être étroitement lié à la religion ou à la conviction²⁰⁸³. Tel serait par exemple le cas, selon la Cour EDH, des actes de culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue ; mais la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type. Ainsi, le critère n'est pas dépendant exclusivement du rattachement à une religion reconnue mais à l'existence *d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine* – cette dernière devant être établie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. Il n'est donc pas requis de celui qui soutient qu'un acte relève de son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions qu'il établisse qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question²⁰⁸⁴. Le détachement vis-à-vis des commandements religieux pose la question du critère déterminant le lien étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine. À défaut de pouvoir s'appuyer sur les dogmes religieux issus d'une religion déterminée, quels sont les outils dont disposent les juges pour évaluer la suffisance du lien entre la pratique et la conviction ? Une nouvelle fois, le cœur de l'analyse semble résider davantage dans l'appréciation des faits que dans des critères élaborés *a priori*. En ce sens, la Cour a accordé la protection de l'article 9 de la Convention à des pratiques objectivement situées en dehors du « noyau dur » des préceptes de la religion en question mais fortement inspirées par cette religion et culturellement enracinées²⁰⁸⁵, ou encore à des pratiques minoritaires (dont elle a précisé que leur caractère minoritaire était sans effet sur la qualification juridique desdites pratiques)²⁰⁸⁶.

469. La religion identifiable, un critère survalorisé par la doctrine française. Il peut arriver que les organes de la Convention exigent de la religion alléguée au soutien d'une prétention individuelle fondée sur la liberté de religion qu'elle soit *identifiable*, ce qui suppose sinon qu'elle soit connue, au moins que le requérant établisse en quoi consiste la pratique de cette religion. À deux reprises, le bénéfice de l'article 9 a ainsi été refusé à des requérants qui n'avaient pas su démontrer « l'existence objective » de leur religion. Cette exigence particulière n'est cependant intervenue que lorsque le requérant invoquait sa liberté de religion dans le cadre d'une revendication positive ; autrement dit, pour exiger de l'État de mettre en œuvre des mesures destinées à

²⁰⁸³ Cf. par ex. Cour EDH [déc.], *Skugar et autres c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04 ; Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, § 82.

²⁰⁸⁴ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 82 ; Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 55 ; Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12, § 41.

²⁰⁸⁵ Voir Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, préc., § 42 ; v. ég. Cour EDH, *Hamidović c. Bosnie-Herzégovine*, 5 déc. 2017, req. n° 57792/15, § 30.

²⁰⁸⁶ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, préc., § 56 et 108.

assurer l'exercice effectif de sa liberté de religion. Dans une première affaire, un prisonnier avait sollicité l'administration pénitentiaire pour qu'il soit indiqué dans les registres de la prison comme adepte de la religion Wicca. L'avantage d'une telle mention consistait pour le requérant à pouvoir bénéficier de certaines facilités pour manifester sa religion. Pour la Commission, il « tomb[ait] sous le sens que de telles facilités ne se conçoivent que si la religion à laquelle le détenu prétend adhérer est identifiable ». Or, en l'espèce, celui-ci n'avait exposé « aucun fait permettant d'établir l'existence d'une religion Wicca »²⁰⁸⁷. Dans la seconde affaire, la requête d'un détenu se prétendant adepte des « adorateurs de la lumière » fut rejetée au motif selon lequel il n'avait pas démontré de quelle manière il entendait pratiquer sa religion ni dans quelle mesure les autorités pénitentiaires l'en avaient empêché²⁰⁸⁸.

La doctrine française s'est saisie de ces deux affaires pour en tirer un critère européen d'existence matérielle de la religion ou du dogme auquel se réfère le croyant pour que l'article 9 s'applique à des pratiques qui en résulteraient. Pour certains auteurs, ce contrôle est même inévitable²⁰⁸⁹. Cette approche reflète typiquement les prédispositions culturelles françaises en matière religieuse, qui confèrent à la dimension communautaire de la religiosité une prédominance manifeste sur la religiosité individuelle. Pour se rattacher à une compréhension de la pratique religieuse en termes d'appartenance, la doctrine semble en effet s'être basée sur ces deux arrêts anciens, rendus par la défunte Commission EDH, pour en déduire un principe général d'identification des pratiques religieuses au sens de l'article 9 de la Convention. Pourtant, les faits comme la motivation de ces décisions ne prêtent pas véritablement à généralisation, et on peut douter du caractère déterminant de la « religion identifiable » au sens d'une religion institutionnalisée existante. Cette expression indique plutôt, selon nous, une question probatoire faisant logiquement peser sur celui qui se revendique d'une pratique méconnue la charge d'établir en quoi son comportement constitue la manifestation d'une conviction religieuse. Il reviendra ensuite à son contradicteur de démontrer, soit que la conviction n'est pas sincère, soit que la manifestation qui en résulte n'est pas déraisonnable, ni dépourvue de fondement.

470. Ce pragmatisme du juge permet d'éviter les requêtes manquant de sérieux ou qui invoquent la liberté de religion à tout va, sans démontrer ni l'existence d'une conviction protégée ni une quelconque ingérence dans celle-ci. Les droits protégés sont non seulement effectifs, mais aussi concrets, c'est-à-dire qu'ils doivent véritablement avoir été impactés. La qualification des

²⁰⁸⁷ Com. EDH, *X c. Royaume-Uni*, 4 oct. 1977, req. n° 7291/75.

²⁰⁸⁸ Com. EDH [plén.], *X c. RFA* 1^{er} avr. 1970, req. n° 4445/70.

²⁰⁸⁹ P. ROLLAND, « Ordre public et pratiques religieuses », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 231 (voir p. 244).

manifestations de religion ou de conviction a pour fonction celle de permettre l'identification d'une ingérence dans le droit protégé (B).

B. Fonction : l'identification d'une ingérence dans le droit protégé

471. L'identification d'une ingérence dans la manifestation d'une religion ou d'une conviction. Identifier la manifestation de religion ou de conviction permet d'examiner la réalité de la restriction que le requérant estime avoir été imposée à sa liberté de religion, autrement dit de déterminer si et dans quelle mesure elle a été restreinte ou s'il lui a été porté atteinte. Ne constitue donc pas une ingérence dans la liberté de manifester ses convictions religieuses, une mesure ou un comportement qui n'a pas impacté cette manifestation. Méthodologiquement parlant, la caractérisation de l'ingérence conditionne à son tour l'appréciation juridictionnelle de la liberté de religion. Dès lors qu'une manifestation de religion ou de conviction n'est pas identifiée comme telle par l'organe juridictionnel, le constat de l'absence d'ingérence dans la liberté de religion s'impose.

472. Une ingérence dans la liberté de manifester sa religion ou sa conviction peut prendre la forme d'un obstacle juridique, d'un obstacle physique ou d'un obstacle psychologique. Dans le premier cas, il peut s'agir de sanctions réprimant un comportement qu'un individu entendait adopter et qu'il estime protégé par sa liberté de religion. C'est l'hypothèse de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, qui a été considérée comme générant une « ingérence permanente » dans la liberté de manifester sa religion ou ses convictions d'une requérante souhaitant porter le voile intégral, cette dernière étant confrontée du fait de ladite loi au dilemme suivant : soit de se plier à l'interdiction et de renoncer ainsi à se vêtir conformément au choix que lui dicte son approche de sa religion ; soit de ne pas s'y plier et de s'exposer à des sanctions pénales²⁰⁹⁰. Constitue également une ingérence dans la liberté de religion un obstacle physique à une manifestation religieuse. Sont ici visées les intrusions physiques, c'est-à-dire matérielles. Il peut s'agir par exemple de l'interruption, par les autorités de l'État ou par une personne privée, d'une réunion ou d'une cérémonie de nature religieuse. Enfin, les pressions psychologiques, le harcèlement moral, ou l'abus d'influence exercés dans le but de dissuader la personne de manifester sa religion ou de ses convictions (ou même d'avoir ces convictions ou de se revendiquer de cette religion) s'analysent aussi comme des ingérences dans la liberté afférente.

²⁰⁹⁰ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 110.

En raison de l'aspect visible, matériel, des manifestations de religion ou de conviction, la caractérisation d'une ingérence ne semble *a priori* guère problématique. Le constat n'est pas le même s'agissant de la protection du sentiment religieux.

473. Le sentiment religieux ne constitue pas la manifestation d'une conviction protégée. Insaisissable, le sentiment religieux constitue l'émanation silencieuse et invisible de la conviction religieuse. Celui-ci s'analyse, comme nous l'avons précédemment indiqué, en la substance de la conviction religieuse²⁰⁹¹. En ce sens, l'existence d'une conviction protégée suppose l'existence d'un sentiment religieux. Quel régime alors lui appliquer ? Le sentiment religieux bénéficie-t-il, au titre de la liberté d'avoir une religion ou d'en changer, d'une protection quasi-absolue ? On peut penser que c'est le régime des manifestations de conviction qui lui est appliqué. D'ailleurs, le raisonnement adopté par la Cour EDH peut prêter à confusion lorsqu'elle indique que ceux qui choisissent d'exercer la liberté *de manifester leur religion* ne peuvent pas s'attendre à être exemptés de toute critique²⁰⁹². Ce qu'il faut comprendre, c'est que pour qu'il y ait critique et atteinte au sentiment religieux, il faut au préalable que l'objet de la conviction religieuse ait été porté à la connaissance d'autrui, donc par le biais d'une manifestation. La manifestation antérieure des convictions religieuses – par les pratiques, le culte, l'accomplissement des rites – confère au sentiment religieux un semblant de visibilité. Lorsque celui-ci se révèle devant les tribunaux, il ne saurait s'analyser en une manifestation de la conviction protégée.

474. La protection du sentiment religieux ne relève pas du régime des manifestations de religion ou de conviction : la liberté quasi-absolue d'avoir une religion et d'en changer impose à l'État l'obligation de protéger les convictions religieuses d'agressions extérieures. S'il est insaisissable, le sentiment n'est pas intouchable. Le problème de la question du sentiment religieux se pose alors non pas dans la proportionnalité d'une ingérence dans la conscience (ce que la liberté de croire interdit) ou dans l'appréciation d'un éventuel manquement de l'État à ses obligations positives d'assurer l'effectivité de la liberté de pensée, de conscience et de religion ; il se pose à un stade antérieur du raisonnement : celui de la caractérisation d'une ingérence. Si le sentiment religieux relève de la liberté de croire, qui est une liberté quasi-absolue, la seule ingérence dans le sentiment religieux devrait suffire à caractériser une violation de la liberté d'avoir une religion ou d'en changer. Il faut donc se demander *à partir de quand la liberté de croire est-elle atteinte ? Comment caractériser l'ingérence dans la liberté de croire ?*

²⁰⁹¹ V. *supra* n° 76s.

²⁰⁹² Cour EDH, *E.S. c. Autriche*, 25 oct. 2018, req. n° 38450/12, § 42.

Celle-ci s'apprécie à l'aune du comportement d'autrui. L'ingérence réside dans une attitude ou une inertie susceptible d'« aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer »²⁰⁹³ (à propos des croyances et doctrines). Elle se traduit par la protection des convictions religieuses contre des agressions extérieures et le respect de celles-ci par l'État instructeur. C'est pourquoi dans l'enseignement public, à l'exception des manifestations régies par la loi de 2004, ce ne sont pas les manifestations de leurs convictions par les élèves qui sont en jeu mais bien « les abus d'autorité dont pourraient se rendre coupables les personnels enseignants des établissements publics, se substituant indûment aux parents dont il leur serait facile de saper l'autorité en matière de convictions religieuses ou philosophiques »²⁰⁹⁴.

*

*

*

²⁰⁹³ Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87, § 47.

²⁰⁹⁴ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 497, n° 830.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

475. Les convictions religieuses, des convictions protégées par le juge judiciaire. Une étape essentielle de l'élaboration d'une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire imposait de déterminer la nature de cette notion : les « convictions religieuses ». Celles-ci se sont présentées comme devant faire l'objet d'une qualification juridique, celle qui entraîne l'ouverture du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour ce faire, nous avons envisagé la transposition d'un mécanisme de droit européen des droits de l'Homme, les notions autonomes, dans le raisonnement judiciaire français. Ces notions, dont nous avons proposé qu'elles soient qualifiées de « notions-covalentes », jouent le rôle de porte d'entrée vers le droit en jeu, de liaison entre l'individu et un droit fondamental. Si les critères d'une telle notion ne sont pas remplis, c'est que le droit fondamental en question n'est pas applicable en l'espèce. Pour la liberté de pensée, de conscience et de religion, c'est la notion de « conviction protégée » qui s'est imposée, la distinction selon qu'elle soit philosophique ou religieuse ne revêtant pas d'importance dans le raisonnement juridique. La notion englobe les convictions religieuses, mais le caractère religieux n'emportant aucune différence de régime, il ne constitue pas un élément soumis à l'appréciation juridique. Celui-ci relève au contraire de l'individu, et c'est pourquoi les convictions religieuses doivent être appréciées à l'aune d'un principe matriciel centré sur l'autoréférencement individuel : seul l'individu peut revendiquer le caractère religieux ou non de sa croyance. Son appartenance, vraie ou supposée, à une religion ne saurait constituer guère plus qu'une simple présomption réfragable d'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion lorsque sont en jeu des comportements généralement reconnus comme relevant d'une pratique religieuse. L'essentialisation est un dysfonctionnement du raisonnement juridique lorsqu'elle enferme l'individu dans une appartenance qu'il n'a pas choisie. Ainsi, le critère permettant aux juges de contrôler l'existence d'une conviction protégée réside-t-il dans sa sincérité. Il s'agit alors pour les juges judiciaires d'examiner le caractère sincère de la croyance revendiquée, et non pas sa force, ce qui revient à s'interroger sur l'honnêteté et la bonne foi de celui qui l'invoque. Une fois admis que la conviction relève bien du champ d'application de la liberté de pensée, de conscience et de religion, le raisonnement doit ensuite se tourner vers l'identification d'une manifestation de cette conviction afin que puisse être caractérisée l'existence d'une ingérence dans cette manifestation. Cette étape est nécessaire pour que puisse être appré-

ciée la question du respect de la liberté de religion, et menée l'étape suivante du raisonnement juridique qui consiste à apprécier la légitimité de cette ingérence, son caractère proportionné et prévu par la loi. Ici encore les convictions religieuses pourront jouer un rôle dans la méthodologie juridique de ladite liberté, et si les convictions religieuses constituent en premier lieu un objet de protection juridique, elles constituent aussi un objet d'appréciation juridique (**Chapitre 2**).

476. Consolidation. Une fois la notion élaborée, se pose la question de son emploi. La consolidation d’une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires passe nécessairement par l’identification de son rôle dans la protection de la liberté de pensée, de conscience et de religion. En matière de droits fondamentaux, à l’examen de l’applicabilité du droit succède une étape cruciale : celle de son application. Il s’agit alors pour les juges de se livrer à un exercice délicat de mise en balance des droits et intérêts en jeu, afin de vérifier que l’ingérence dans le droit protégé n’est pas déraisonnable. Lorsque le droit en jeu est la liberté de religion, les convictions religieuses – convictions protégées par ladite liberté – doivent pouvoir jouer un rôle dans l’issue à donner au litige : on imagine mal en effet qu’un raisonnement destiné à apprécier le respect de la liberté de religion fasse l’impasse sur son objet même. À ce titre, deux instruments du raisonnement juridique peuvent dès lors permettre tant leur prise en compte, c’est le cas du contrôle de proportionnalité (**Section 1**), que leur articulation avec l’ordre juridique étatique, grâce à la notion d’ordre public (**Section 2**).

SECTION 1 – LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE, INSTRUMENT DE PRISE EN COMPTE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

477. Quelle place pour les « convictions religieuses » des justiciables dans le contrôle de proportionnalité ? Si la réponse à cette question constitue l'objet principal de la présente section, une précision doit d'ores et déjà être explicitée. Les convictions religieuses peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'elles entrent en conflit, au nom de la liberté de religion, avec l'intérêt général ou avec les droits et libertés d'autrui. Dans la première hypothèse, le contrôle du juge s'apparente à un contrôle de conventionalité (mais ne s'y limite pas) où l'application d'une disposition législative empiète sur l'exercice paisible de la liberté religieuse d'un individu. Le « cœur »²⁰⁹⁵ du contrôle de proportionnalité se divise alors en trois temps : les contrôles de rationalité (adéquation de l'ingérence avec le but poursuivi), de nécessité (l'ingérence répondait à un besoin social impérieux) et de proportionnalité *stricto sensu* (juste proportion entre le but poursuivi et le moyen mis en œuvre). La proportionnalité d'une ingérence est ici soumise aux finalités qu'elle entend poursuivre²⁰⁹⁶. Dans ce contexte, l'examen de proportionnalité peut conduire à ce que la règle de droit soit écartée, en l'espèce, au regard des conséquences disproportionnées que son application génère sur les droits fondamentaux de l'individu²⁰⁹⁷. Si la Cour de cassation s'est déjà prêtée à l'exercice dans des affaires relatives à l'article 161 du Code civil, le droit fondamental en cause était le droit au respect de la vie privée et familiale. Or, on peut douter qu'une démarche similaire soit envisagée si le droit atteint est la liberté de religion. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé en 2004 que « [L]es dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", [...] interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »²⁰⁹⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme est allée dans le même sens lorsque, dans la décision d'irrecevabilité *Pichon et Sajous*, elle estima que les requérants, pharmaciens, « ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de [pilules contraceptives], la manifestation desdites convictions pou-

²⁰⁹⁵ M. COHEN-ELYIA et I. PORAT, « Proportionality and Justification », *University of Toronto Law Journal*, 2014, n° 64, p. 458.

²⁰⁹⁶ R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 859.

²⁰⁹⁷ C'est à ce type de contrôle que la Cour de cassation s'est livrée dans les arrêts Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26066 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27201, *D.* 2016. 2568, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2017. 71, obs. J. HOUSSIER. Les deux arrêts portaient sur la question des empêchements à mariage nés de l'alliance (art. 161 du Code civil). En 2013, la règle prohibitive fut écartée ; en 2016, l'interdit fut maintenu.

²⁰⁹⁸ CC, déc. n° 2004-505 D.C., 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18.

vant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle »²⁰⁹⁹. Ainsi, le principe de laïcité interdirait par exemple que puisse être écartée l'application *in casu* de la loi de 2004 interdisant le port de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics à un élève qui avancerait une atteinte disproportionnée à sa liberté religieuse.

478. Dans le second cas, le contrôle intervient au cœur des relations interindividuelles : il s'agit alors pour le juge d'arbitrer un conflit de droits. Selon la définition de Frédéric SUDRE, le conflit de droits s'entend d'une « contradiction entre deux droits individuels [...] concurrents telle qu'en l'absence d'une règle prédéterminée de résolution, le ou les titulaires identifiables de l'un des droits ne pourront en jouir que sous réserve de la limitation, voire de l'éviction, de l'autre droit »²¹⁰⁰. Dans la majorité des cas, les droits en conflit appartiennent à des personnes distinctes (et individualisées), mais il peut arriver qu'un conflit existe entre les différents droits d'une même personne²¹⁰¹. Le développement des droits (tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif²¹⁰²) combiné au déploiement des obligations positives a conduit à une multiplication significative des conflits de droits à l'époque contemporaine²¹⁰³. Dans ce contexte, le contrôle de proportionnalité, tel qu'on le connaît en droit européen des droits de l'homme, se *privatise* : il ne s'agit pas de chercher à justifier une ingérence de l'État dans les droits fondamentaux de l'individu, mais de « faire la balance entre deux intérêts privés clairement opposés en tant que tels »²¹⁰⁴. C'est au cœur de cette complexité, dans un contrôle de proportionnalité *privatisé* que les convictions religieuses du justiciable peuvent trouver une place – elles apparaissent ainsi aussi bien dans la logique de la proportionnalité (I), que dans les données de celle-ci (II) – et jouer un rôle, grâce aux outils de la proportionnalité (III) dans le raisonnement judiciaire.

²⁰⁹⁹ Cour EDH [déc.], *Pichon et Sajous c. France*, 2 oct. 2001, req. n° 49853/99.

²¹⁰⁰ F. SUDRE, « Introduction », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 15, v. p. 20.

²¹⁰¹ V. notamment l'arrêt Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02.

²¹⁰² Le terme fait référence au dynamisme interprétatif du juge.

²¹⁰³ F. SUDRE, *op. cit.*, spéc. p. 23s.

²¹⁰⁴ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, p. 36.

I. DANS LA LOGIQUE DE LA PROPORTIONNALITE PRIVATISEE

479. La proportionnalité, un instrument d'arbitrage. Si elle est une technique d'interprétation téléologique²¹⁰⁵, la proportionnalité est d'abord un standard juridique²¹⁰⁶ dont la particularité réside dans sa fonction :

« le proportionné ne vise pas à mesurer en termes de normalité un comportement ou une situation, saisis intrinsèquement, mais à juger globalement de ce qu'ils sont dans un juste rapport. Comme tous les standards, mais plus que tous les autres, le proportionné requiert un arbitrage entre valeurs concurrentes, au nom d'une certaine conception de leur hiérarchie, réputée normale à une époque donnée »²¹⁰⁷.

En tant que technique d'interprétation, la proportionnalité a pour objectif celui de parvenir à « un arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés »²¹⁰⁸. En ce sens, parcequ'elle suit une logique de conciliation (A), la proportionnalité constitue le sous-bassement méthodologique de potentiels aménagements (B).

A. Une logique de conciliation

« Dans une logique de proportion, la conciliation devient une fin »²¹⁰⁹.

480. La proportionnalité, un standard d'équilibre. La proportionnalité peut être employée pour examiner la justification d'une ingérence dans un droit garanti (Sébastien VAN DROOGHENBROECK la qualifie de « proportionnalité-appréciation »)²¹¹⁰, mais elle est aussi utilisée pour déterminer l'existence d'une obligation positive (la « proportionnalité-interprétation »)²¹¹¹. Cette double casquette met en exergue l'équilibre qui est au cœur de la proportionnalité : elle peut être employée aussi bien pour contrôler une restriction à un droit fondamental que pour encadrer des mesures destinées à faciliter l'exercice de ce droit. Comme l'indique Jean-Pierre

²¹⁰⁵ P. MUZNY, « Proportionnalité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al., PUF, 2008, p. 810.

²¹⁰⁶ Sur les standards juridiques, v. *supra* n° 184s.

²¹⁰⁷ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, p. 87.

²¹⁰⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 74, n° 76.

²¹⁰⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, sous la dir. de D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET et V. CHAMPEIL-DESPLATS, Economica, 2006, p. 267 (voir p. 269).

²¹¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 76, n° 80.

²¹¹¹ *Idem*.

MARGUÉNAUD : il y a « une inversion du contrôle de proportionnalité qui va opérer en amont pour limiter les droits de l'individu » dans le cas des obligations positives, et « en aval pour limiter les ingérences de l'État »²¹¹². La logique, spécifique, mérite que l'on s'y attarde. En effet, la théorie des obligations positives réside dans la charge que le droit conventionnel fait peser sur les États parties de garantir l'exercice effectif des droits et libertés garantis par la Convention EDH. Les obligations positives rayonnent donc *a priori* sur les droits nationaux et ne seront soumises à un contrôle de proportionnalité que lorsque l'existence d'une telle obligation dans un cas particulier rompt le juste équilibre entre les intérêts de la collectivité et ceux de l'individu.

« Le principe de proportionnalité ne joue pas, en la matière, en faveur de l'individu mais contre lui puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif »²¹¹³.

481. En outre, lorsqu'elle intervient pour résoudre des litiges purement privés, la proportionnalité apparaît sous la terminologie du « juste équilibre ». La recherche de ce juste équilibre entre les droits et intérêts concurrents est la finalité même de la proportionnalité *stricto sensu*²¹¹⁴. À l'instar de ce que les juges canadiens ont mis en œuvre dans l'affaire *R. c. N.S.*, on pourrait imaginer que la recherche de cet équilibre n'implique pas nécessairement le sacrifice d'un intérêt au profit d'un autre, mais au contraire, cherche d'abord à éviter le conflit en permettant leur coexistence. L'arbitrage prendrait en premier lieu la forme d'une *conciliation* en cherchant à permettre la réalisation de chacun des intérêts ou des droits en jeu. Dans l'affaire *R. c. N.S.*, où s'opposaient la liberté de religion et l'équité du procès, la Cour suprême du Canada considéra que cet effort de conciliation « ne consiste pas à exclure la religion de la salle d'audience, à transformer celle-ci en un espace “neutre” où les témoins doivent laisser de côté leurs convictions religieuses », ni à « faire abstraction du lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès, et à conclure que le témoin peut toujours porter son niqab lors de sa déposition »²¹¹⁵. Il s'agit plutôt de chercher à préserver les deux droits, ce qui peut passer par la recherche de mesures raisonnables permettant d'éviter le conflit, c'est-à-dire, à un accommodement²¹¹⁶. Nonobstant les critiques qui peuvent être adressées à l'encontre de cette décision (qui superpose le mécanisme des accommodements raisonnables à celui de l'effectivité de la liberté

²¹¹² J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.*, 2001, p. 574, note sous Cour EDH, *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98.

²¹¹³ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7 éd., Dalloz, 2016, p. 76.

²¹¹⁴ Elle opère méthodologiquement par la « mise en balance » de ces droits et intérêts, v. *infra* n° 501s.

²¹¹⁵ CSC, *R. c. N.S.* [2012] 3 RCS 326, § 31.

²¹¹⁶ *Idem*, § 32.

religieuse²¹¹⁷), les potentialités accommodantes du contrôle de proportionnalité dérivent presque naturellement de la logique inhérente au mécanisme. À ce titre, l'affaire *N.S.* peut-être évoquée pour éclairer les étapes du raisonnement mais les aménagements dont il sera question dans les développements subséquents ne reposeront pas sur le principe de non-discrimination mais sur celui de l'atteinte minimale à un droit protégé²¹¹⁸ (B).

B. Une propension aux aménagements

« Nous trouvons une solution qui respecte chacun des droits et convient à chacune des parties. Les deux droits sont respectés, et le conflit écarté »²¹¹⁹.

482. Prévisualisation. C'est dans le mécanisme des obligations positives qu'apparaît la dimension accommodante de la proportionnalité, distincte des notions d'accommodement et d'aménagement raisonnable, qui relèvent du régime de la non-discrimination. La Cour EDH a établi dès 1968²¹²⁰ que les droits conventionnels pouvaient générer des obligations positives, c'est-à-dire l'obligation faite aux États « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »²¹²¹. Dès 1974, la Commission EDH a fait contribuer cette technique au rayonnement de l'effet horizontal de la Convention²¹²² en admettant l'existence d'obligations positives de protection des droits de l'homme dans les rapports interindividuels²¹²³.

²¹¹⁷ L'accommodement raisonnable est « une exemption ou un aménagement de la norme, en réponse à une demande individuelle, dans une situation précise de discrimination démontrée, limitée cependant par les contraintes pesant sur les débiteurs qui ne doivent pas être excessives, le demandeur devant collaborer à la recherche d'une solution » (T. GRÜNDLER, *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, [Rapport de recherche] Ardis, 2016, p. 6). Sur ce point, v. *supra* n° 389s. Au Canada, la plupart des accommodements raisonnables interviennent dans le domaine du handicap au travail.

²¹¹⁸ Ils se distinguent donc des accommodements ou aménagements raisonnables qui agissent sous l'égide du droit de la non-discrimination.

²¹¹⁹ CSC, *R. c. N.S.* [2012] 3 RCS 326, § 32.

²¹²⁰ Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (au principal)*, 23 juil. 1968, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 3.

²¹²¹ Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994, req. n° 16798/90, § 51. Ce qui comprend la liberté de religion, cf. Cour EDH, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al. c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01, § 133-134.

²¹²² Celui-ci s'entend d'une obligation de l'État « de veiller au respect des droits de l'Homme dans les relations privées » (B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, [th. dactyl. : Limoges : 2006], p. 41) ; mais aussi comme « une extension de l'opposabilité des Droits de l'homme aux rapports interindividuels » (H. PAULIAT et V. SAINT JAMES, « La notion d'effet horizontal », in *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la dir. de J.-P. MARGUÉNAUD, 1999, p. 46, spéc. p. 47).

²¹²³ Com. EDH [plén.], Rapport *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 mars 1974, req. n° 4464/70, § 59. Il faudra attendre 1985 pour que la Cour consacre à son tour l'applicabilité de la Convention aux relations interindividuelles (Cour EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80, § 23.

La construction de la technique des obligations positives en droit européen des droits de l'homme s'inspire de la jurisprudence constitutionnelle allemande²¹²⁴. À la fin des années 1950, la Cour constitutionnelle a commencé à développer des obligations d'intervention de l'État en se fondant sur le caractère objectif des droits²¹²⁵. Par la suite, de nombreux effets positifs à ces droits furent identifiés et développés²¹²⁶ ; parmi eux, se trouve l'obligation d'aménagement (*Ausgestaltungspflicht*). Celle-ci impose à la puissance publique d'adopter des mesures sans lesquelles le droit fondamental en cause ne saurait être exercé : elles ne constituent pas des ingérences dans le domaine du droit en question, mais tendent à rendre possible son exercice²¹²⁷. Partant, la protection de l'individu implique que celui-ci dispose d'un droit subjectif au respect de l'obligation positive d'aménagement incombant au législateur. Cette obligation traduit un premier niveau d'aménagement que l'on retrouve en droit européen des droits de l'homme : un rapport vertical qui lie l'État et l'individu. Aussi, un second niveau d'aménagement réside-t-il dans l'obligation de protection (*Schutzpflichten*). Ici, il s'agit surtout de protéger l'exercice de leurs droits par les individus contre les dangers, émanant de tiers, qui pourraient le remettre en cause²¹²⁸. Dans cette hypothèse, on présuppose que l'individu peut invoquer directement un droit protégé à l'encontre d'une autre personne privée. En matière religieuse, cela supposerait par exemple que des locataires puissent revendiquer la protection de leur liberté de religion (au sens de l'article 9 de la Convention EDH) pour remettre en cause la validité d'un règlement de copropriété qui y porterait atteinte. Combinée à la pratique du contrôle de proportionnalité, cette exigence imposerait aux juridictions judiciaires de prendre en compte les intérêts concurrents sans opposer une fin de non-recevoir en rapport à des considérations d'ordre public ou d'intérêt général. À partir de ces obligations allemandes, la dimension accommodante des obligations positives se dessine selon deux schémas : l'un vertical, l'autre horizontal. Dans les deux cas, il s'agit de faire en sorte que soit préservé l'exercice paisible et effectif des droits protégés.

483. Réalisation. Il est essentiel de noter que l'appréciation des obligations positives passe, d'un point de vue méthodologique, par un exercice prétorien de recherche d'un juste équilibre entre deux intérêts en conflit. L'arbitrage entre ces intérêts constitue le point de départ du raisonnement, duquel il résultera simultanément le double constat de l'existence d'une atteinte maté-

²¹²⁴ Sur ce point, v. notamment C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, [th. 2012], spéc. p. 42s.

²¹²⁵ CCFA, 15 janvier 1958, *Liith*, BVerfGE 7, 198, p. 205 (arrêt fondateur) ; RIDC, 1981, p. 501, H. G. RUPP ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 140, J.-C. BEGUIN.

²¹²⁶ C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 46, n° 71.

²¹²⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, p. 208s, n° 291s.

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 238s., n° 352s.

rielle et de l'absence de justification à celle-ci²¹²⁹. De façon générale, cela signifie que le droit de l'État doit, par principe, s'efforcer de toujours concilier la garantie offerte aux droits fondamentaux de façon équilibrée dans les rapports intersubjectifs de ses ressortissants. D'exception dans le champ des discriminations, les aménagements raisonnables semblent prendre la forme de condition sous-jacente à la garantie des droits.

En matière religieuse, la Cour EDH a ainsi récemment précisé que ces obligations positives « peuvent parfois nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la liberté de religion jusque dans les relations des individus entre eux »²¹³⁰. Dans cette perspective, des aménagements destinés à concilier l'exercice de deux droits ou intérêts en conflit ont ainsi été envisagés à plusieurs reprises sous l'angle des obligations positives²¹³¹. Dans l'arrêt *Jacobski c. Pologne*, la Cour avait établi qu'en vertu des obligations positives tirées de l'article 9, les autorités nationales étaient tenues d'adapter la composition des repas d'un prisonnier lorsque celui-ci le demande sur la base de ses convictions religieuses, pour autant que cette adaptation ne perturbe pas la bonne administration de la prison ni ne nuise à la qualité de l'alimentation fournie aux autres détenus²¹³². Dans l'arrêt *Eweida*, la Cour dut déterminer dans quelle mesure les autorités nationales doivent imposer une politique d'aménagement raisonnable au regard de différentes croyances, convictions et pratiques religieuses sur le lieu de travail²¹³³. Mais aussi dans l'arrêt *Osmanoğlu*, où l'existence d'aménagements au sein du service public de l'enseignement a permis à l'État requis d'échapper à une condamnation européenne²¹³⁴.

En fait, l'existence de tels aménagements contribue à rétablir un équilibre nécessaire au respect par l'État de ses obligations positives. Chaque aménagement proposé à un individu revient à réduire l'impact litigieux qu'une mesure ou un comportement est susceptible d'avoir sur l'exercice de ses droits fondamentaux²¹³⁵.

²¹²⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 76, n° 80.

²¹³⁰ Cour EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, § 38.

²¹³¹ L'obligation positive inhérente à la liberté de religion est une obligation positive prétorienne, c'est-à-dire qu'elle ne découle pas de la Convention mais de l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite ; sur la distinction, v. C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, [th. 2012], p. 19s., n° 36s. ; F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, p. 364.

²¹³² Cour EDH, *Jakobsky c. Pologne*, 7 déc. 2010, req. n° 18429/06 ; *contra* Cour EDH, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avr. 2012, req. n° 28790/08 (refus de reporter une audience tombant le jour d'une fête juive). V. en ce sens J. RINGELHEIM, « La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working Papers*, 2017/2.

²¹³³ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10.

²¹³⁴ Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12.

²¹³⁵ *Idem*, § 101.

484. Il se peut qu'aucun aménagement ne soit possible. Dans l'affaire canadienne *R. c. N.S.*, où la liberté de religion entrainait en conflit avec l'équité du procès, on avait relevé que « l'exclusion des hommes de la salle d'audience aurait des répercussions sur le principe de la publicité des débats judiciaires, sur le droit de l'accusé d'assister à son procès, et peut-être sur son droit à l'assistance de l'avocat de son choix », mais qu'inversement « une déposition faite à visage découvert au moyen d'un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran » pouvait déroger aux obligations religieuses de la requérante²¹³⁶. Dans une telle hypothèse, aucun compromis ne pouvait être dégagé, c'est pourquoi le contrôle de proportionnalité s'est concentré sur la comparaison des effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab avec ses effets préjudiciables.

485. Relativisation. Avec les aménagements attendus sous l'angle des obligations positives, il n'est pas question de se prévaloir de ses propres convictions ou particularismes religieux pour s'affranchir de règles communes²¹³⁷. L'obligation positive d'accommoder doit plutôt se comprendre ici comme enjoignant les organismes gouvernementaux et les entreprises privées à « faire un effort pour tenter d'adapter leurs normes et politiques aux croyances et pratiques religieuses avec lesquelles celles-ci entrent en conflit, à moins que l'adaptation requise n'entraîne une contrainte excessive »²¹³⁸. Il s'agit surtout de faire en sorte que la reconnaissance d'un droit fondamental génère une obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le préserver.

Par conséquent, le rôle que confère le contrôle de proportionnalité aux convictions religieuses dans le raisonnement juridique ne doit conduire ni l'absolutisation de la liberté de religion ni à l'affaiblissement de l'autonomie de l'État à l'égard des religions. Comme l'ont à ce titre souligné Francis MESSNER, Pierre-Henri PRELOT et Jean-Marie WOERHLING :

« L'idée d'une liberté religieuse absolue et inconditionnée, soumettant le droit positif à ses exigences et envahissant intégralement l'espace social, est à l'opposé de la sécularisation et de la laïcité qui caractérisent les sociétés démocratiques contemporaines. La garantie de la liberté de religion, pour être essentielle ne constitue pas loin s'en faut l'unique horizon normatif de l'État »²¹³⁹.

²¹³⁶ CSC, *R. c. N.S.* [2012] 3 RCS 326, § 32.

²¹³⁷ CC, déc. n° 2004-505 D.C., 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18 : « [L]es dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", [...] interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ».

²¹³⁸ J. WOERHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill Law Journal*, 1997-1998, n° 43, p. 325 (voir p. 328-329).

²¹³⁹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT et J.-M. WOERHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 724, n° 1208.

486. Dans un premier temps, le contrôle de proportionnalité se présente donc comme un outil juridique permettant, selon une logique kantienne, la coexistence de la faculté d’agir de chacun avec la faculté d’agir des autres. Il place le respect de la personne humaine, par émanation de ses droits fondamentaux, au cœur du mécanisme²¹⁴⁰ : flexible, le droit se ré-humanise. Mais lorsque le litige est insolvable par des mesures d’aménagement, la recherche du juste équilibre entre les droits et intérêts concurrents passe par la pesée circonstanciée de ces droits et intérêts. Ceux-ci constituent les données de la proportionnalité (II).

II. DANS LES DONNEES DE LA PROPORTIONNALITE PRIVATISEE

« [...] si la loi est la même pour tous, la proportionnalité est propre à chacun [...] »²¹⁴¹.

487. **Droits et intérêts.** Existe-t-il une différence entre ces deux termes qui font partie du langage courant de la proportionnalité ? Sont-ils interchangeables ? Cette première difficulté n’est guère résorbée par l’étude de la jurisprudence de la Cour européenne, cette dernière se montrant « peu rigoureuse dans la désignation des éléments en conflit »²¹⁴². Dans ses décisions sous l’article 8, les termes sont d’ailleurs confondus si bien que la Cour fait parfois référence à des « intérêts privés » pour désigner deux droits en conflit²¹⁴³. Certains auteurs se sont évertués à tenter de distinguer les deux notions, et de préciser qu’elles se situent « sur des plans différents » ; on a ainsi placé « l’intérêt » au plan de « l’utilité et de l’existence », et les droits au plan « éthique et normatif »²¹⁴⁴. D’autres se sont montrés plutôt favorables à leur rapprochement²¹⁴⁵. Mais on peut aussi faire valoir, à l’instar de Mustapha AFROUKH, que « l’application rigoureuse de la distinction importe peu. Il suffit que la Cour identifie un conflit entre des droits de même valeur. Peu importe qu’elle les qualifie par la suite d’intérêts individuels »²¹⁴⁶. L’identification des intérêts protégés (A) constitue donc une étape importante du raisonnement, qui précède l’examen de leur commensurabilité (B).

²¹⁴⁰ Selon P. ROUBIER, le respect de la personne humaine « dans sa liberté, dans son activité, dans ses biens » constitue la première donnée de la vie en société (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2 éd., Dalloz, 2005, p. 278, n° 32).

²¹⁴¹ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

²¹⁴² M. AFROUKH, « La pertinence discutabile du critère exclusif du mode de conflit de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 37 (voir p. 51).

²¹⁴³ V. Cour EDH [G.C.], *Odièvre c. France*, 13 févr. 2003, req. n° 42326/98, spéc. § 44.

²¹⁴⁴ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et intérêts », in *Théorie générale du droit et du droit transitoire. Mélanges en l’honneur de P. Roubier*, Dalloz, 1961, p. 243.

²¹⁴⁵ C’est le cas de R. VON IHERING et de l’École de philosophie allemande (*Interessenjurisprudenz*) ; cf. M. AFROUKH, « La pertinence discutabile du critère exclusif du mode de conflit de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 37 (voir p. 51) et les réf. citées.

²¹⁴⁶ M. AFROUKH, *op. cit.*, spéc. p. 56.

A. L'identification des intérêts protégés

« [...] qu'on le veuille ou non, les discordances d'intérêts qui se trouvent ainsi traitées ne sont rien d'autre que le résultat du conflit des normes qui ont rendu ces intérêts légitimes [...] ²¹⁴⁷».

488. Fonction : la garantie d'un jugement en droit et non en équité. L'un des principaux reproches exercés à l'encontre de l'insertion du contrôle de proportionnalité dans les décisions de la Cour de cassation consiste à voir dans cette technique importée des systèmes de Common Law la « restauration voilée » du jugement en équité²¹⁴⁸.

« Le fait est qu'il existe un risque - objectif - si l'on n'y prend garde, de voir l'invocation du principe de proportionnalité se commuer en investiture que le juge se donnerait à lui-même pour juger en équité ou peu s'en faut. [...] Pour le dire autrement, le développement du contrôle de proportionnalité n'est et ne sera constitutif d'un progrès que dans la stricte mesure où il ne sera jamais confondu avec le droit naturel. S'il s'amalgame un jour avec l'appréciation en équité, il se sera montré l'instrument d'une régression majeure dans l'histoire de l'État de droit »²¹⁴⁹.

Il existe deux formes d'équité : l'une, objective, générale, désigne l'œuvre prétorienne qui consiste à dépasser les imprécisions et les lacunes de la loi²¹⁵⁰ ; elle est, en vertu de l'article 4 du Code civil, un devoir pour le juge. L'autre, subjective et particulière, renvoie à la faculté judiciaire d'écarter la volonté claire et précise du législateur, au motif que son application au cas d'espèce serait inéquitable ; l'article 12 du Code civil l'interdit en imposant au juge de trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Du point de vue des opposants à la réforme de la Cour de cassation, c'est précisément à cette dernière que la Haute juridiction aurait ouvert ses portes en se livrant, comme elle l'a fait le 4 décembre 2013, à un contrôle de proportionnalité l'amenant à écarter l'application de la loi civile applicable²¹⁵¹.

« En exerçant un tel “contrôle de proportionnalité”, la Cour de cassation se reconnaît en effet le droit de statuer, non seulement en droit, en application de la loi, mais également en équité, au nom des droits »²¹⁵².

²¹⁴⁷ D. DE BÉCHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 2016, p. 27, spéc. p. 28.

²¹⁴⁸ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

²¹⁴⁹ D. DE BÉCHILLON, *op. cit.* La loi naturelle est présentée dans de nombreux lexiques comme synonyme d'équité et de justice distributive (*cf.* C. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Équité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 635).

²¹⁵⁰ C'est l'arrêt *Poussin* (Cass. Civ. 1^{re}, 22 févr. 1978, n° 76-11.551) ; c'est l'arrêt *Boudier* (Chambre des requêtes, 15 juin 1892, *D.* 1892. 596) ; c'est l'arrêt *Jand'heur* (Cass. Chambres réunies, 13 févr. 1930) pour reprendre les exemples énoncés par F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit.*

²¹⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

²¹⁵² F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit.*

Cette objection ne manque pas de pertinence, et il faut bien admettre que les – parfois vives – critiques adressées à l’intégration du contrôle de proportionnalité dans les méthodes de raisonnement de la Cour de cassation en soulèvent très justement les enjeux et les dangers. Il est peut-être toutefois possible de calmer les craintes : les droits brandis pour écarter l’application d’une loi n’en sont pas moins *du droit*. S’ils relèvent, pour la plupart, de la formulation employée à Strasbourg, ils ne s’y limitent pas.

« Cette évidence mérite d’être rappelée car on aurait trop tendance à assimiler contrôle de proportionnalité et contrôle de conventionalité, et, plus encore, contrôle de proportionnalité et contrôle du respect des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l’Homme telle qu’interprétée par la Cour européenne des droits de l’Homme (CEDH) »²¹⁵³.

Dans cette optique, la décision de 2013 ne correspond pas à un jugement en équité : elle a mis en balance l’application d’une loi civile avec le respect d’un droit fondamental juridiquement garanti. Dire qu’elle a contourné la loi pour rendre une solution *contra legem* revient à renier aux droits fondamentaux (et en l’occurrence au droit au respect de la vie privée, garanti non seulement par l’article 8 de la Convention EDH mais aussi par l’article 9 du Code civil²¹⁵⁴) leur caractère juridique. C’est avancer que le respect des droits fondamentaux est, comme l’équité, hors du droit positif, hors du droit. Certes, il s’agit d’une habitude à prendre et d’un automatisme à acquérir, mais la loi n’est plus *que* dans les Codes. La souplesse du droit à laquelle enjoint le contrôle de proportionnalité n’est « plus appelée seulement par un souci d’équité, mais par la nécessité de respecter les droits et libertés garantis à l’individu »²¹⁵⁵.

489. C’est donc justement pour s’extraire de l’équité et s’inscrire dans le droit que la mise en balance des intérêts protégés repose sur un prérequis à l’examen de proportionnalité : celui de l’identification desdits intérêts. Le contrôle de proportionnalité est destiné à assurer la protection des droits et libertés de l’individu ; il porte donc nécessairement sur l’atteinte à un droit protégé. En effet, seuls des intérêts *juridiquement* protégés peuvent garnir les plateaux de la balance²¹⁵⁶.

« Faute d’atteinte à un droit, il ne s’agirait que d’une pesée d’intérêts : le contrôle de proportionnalité deviendrait une simple appréciation en équité »²¹⁵⁷.

²¹⁵³ H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376.

²¹⁵⁴ On notera tout de même que cet article est issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, et qu’il n’est donc pas une disposition du Code civil de 1804. On pourrait à ce titre s’interroger sur le poids qu’a pu exercer la Convention européenne des droits de l’homme sur le droit civil français et y trouver les premières traces de l’effritement de notre système juridique.

²¹⁵⁵ H. FULCHIRON, *op. cit.*

²¹⁵⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 236, n° 315.

²¹⁵⁷ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.

Cette étape d'identification des intérêts est donc essentielle puisque c'est elle qui permet de distinguer le jugement juridique du jugement en équité. N'étant pas chose aisée, la question centrale est, une nouvelle fois, question de méthode.

490. La sélection des intérêts protégés. L'opération de tri entre des intérêts méritant protection et ceux en étant exclus est censée être effectuée préalablement à la mise en balance. L'identification et la détermination du poids des intérêts en présence est suggérée par les parties mais doit toujours faire l'objet d'un contrôle par le juge. Prétendre que le juge n'aurait pas à se prononcer sur l'identité des intérêts en opposition et sur leur poids respectif reviendrait, selon Olivier DE SCHUTTER, à présupposer que les droits qui s'opposent à ceux du demandeur sont pourvus d'un contenu identifiable d'avance, c'est-à-dire d'une liste finie de leurs modalités d'exercice possibles²¹⁵⁸. Un contrôle négligé, superficiel ou artificiel reviendrait à fausser le contrôle de proportionnalité et à entrouvrir un accès à l'équité subjective.

491. D'un point de vue méthodologique, l'identification des intérêts intervient notamment lorsque le juge reconnaît l'applicabilité d'un droit ou d'une liberté à la situation litigieuse et conclut que la limitation qui leur est apportée poursuit un but réputé légitime²¹⁵⁹. En ce sens, la sélection des intérêts protégés est opérée tant à l'égard du demandeur qu'à l'égard du défendeur. Dans le cas du premier, les intérêts protégés se trouvent au cœur d'un droit fondamental (sinon le contrôle de proportionnalité n'aurait pas lieu d'être) ; leur identification réside donc dans l'examen d'applicabilité du droit revendiqué. Quant au défendeur, selon la situation, l'intérêt protégé prendra le plus souvent la forme d'un objectif public légitime (litige administratif) ou de l'exercice d'un droit subjectif qui entre en conflit avec le premier droit (litige judiciaire). Dans ce dernier cas, c'est à un nouvel examen d'applicabilité, celui du droit du défendeur, que doit se livrer le juge.

Ainsi par exemple, dans l'affaire canadienne *R. c. N.S.*, l'identification des intérêts protégés passait d'abord par l'obligation faite aux juges de rechercher si le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab est de nature à porter atteinte à sa liberté de religion (droit du demandeur). Mais il était également nécessaire de se placer de l'autre côté en évaluant les risques que l'autorisation faite au témoin de conserver son niqab (et donc de dissimuler son visage) pendant l'audience feraient peser sur l'équité du procès (objectif public légitime).

²¹⁵⁸ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 8.

²¹⁵⁹ Cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 237, n° 317.

492. Dans un litige civil, l'enjeu de l'identification des intérêts protégés des deux parties permet en outre de mettre en exergue des éléments qui sont généralement passés sous silence. Le contentieux de la remise du *gueth* en fournit de nombreux exemples puisque tandis qu'une partie de la liberté de religion de la femme est en jeu, ladite liberté n'est pas mentionnée par les juridictions dans la majorité des cas. De l'autre côté, l'époux ne manque pas quant à lui d'invoquer la violation de sa liberté dans l'hypothèse où des tribunaux le contraindraient à remettre le *gueth* à son épouse. Le Canada a su dépasser ce déséquilibre : la Cour Suprême a reconnu, dans l'affaire *Brucker c. Marcovitz*, que

« Pour la femme juive empêchée par ses principes religieux d'envisager le remariage à moins qu'il soit conforme à la loi juive, le refus du *gueth* la prive du droit de se remarier.

[...]

Le refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse la prive donc arbitrairement de l'accès à un recours qu'elle possède de façon indépendante en droit canadien, et il lui enlève la possibilité de se remarier et de refaire sa vie conformément à ses croyances religieuses »²¹⁶⁰.

Il est important que le prisme d'analyse prenne vraiment en compte tous les intérêts en conflit pour que puisse être mené à bien un juste contrôle de proportionnalité. Dans l'hypothèse du *gueth*, le discours tournerait peut-être moins autour de la question de l'abus de droit du mari et de l'ingérence étatique dans la loi religieuse mais plutôt sur l'articulation des deux droits en conflit, tous les deux bien identifiés. « Il ne s'agit pas seulement de dire ce qui est juste en mettant dans la balance des faits et des intérêts, mais d'affirmer les droits de l'individu »²¹⁶¹.

493. On peut alors se demander s'il faut laisser une place à l'intérêt général, et le cas échéant, dans quelle mesure ? Comme l'a indiqué Mustafa AFROUKH, les références à l'intérêt général dans le cadre de litiges opposant deux intérêts privés sont de plus en plus fréquentes dans la jurisprudence de la Cour EDH²¹⁶², qui procède par exemple par un rattachement de l'intérêt général à un intérêt privé²¹⁶³, mais aussi dans les décisions du Conseil constitutionnel²¹⁶⁴. Or, pour certains auteurs, le problème de cette référence est qu'elle conduit à une lecture biaisée du conflit (l'intérêt général faisant office d'argument d'autorité) et qu'elle ne permet en conséquence pas de procéder

²¹⁶⁰ CSC, *Brucker c. Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607 ; v. H. KISLOWICZ, « The Court and Freedom of Religion », *The Supreme Court Law Review*, 2017, n° 11, § 11.

²¹⁶¹ H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376.

²¹⁶² M. AFROUKH, « La pertinence discutabile du critère exclusif du mode de conflit de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 37 (voir p. 56).

²¹⁶³ V. par ex. Cour EDH [G.C.], *Odièvre c. France*, 13 févr. 2003, req. n° 42326/98, spéc. § 45 ; Cour EDH, *Kearns c. France*, 10 janv. 2008, req. n° 35991/04, § 79.

²¹⁶⁴ V. par ex. CC, 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.

à une véritable mise en balance des intérêts privés en présence²¹⁶⁵. Dans le contexte d'un contrôle de proportionnalité privatisé, qui se concentre sur la mise en balance de deux intérêts concurrents, et qui constitue le cœur de l'office du juge judiciaire en matière de droits fondamentaux, toute référence explicite à l'intérêt général nous semble donc devoir être écartée et demeurer l'apanage du législateur, du juge européen ainsi que du juge constitutionnel²¹⁶⁶.

En matière religieuse, cette exclusion de l'intérêt général se justifie d'autant plus que le raisonnement juridique a tendance à faire basculer le principe de laïcité du côté de l'intérêt commun, en prétendant le mettre en balance avec la liberté de religion, et donc à le faire toujours prévaloir sur cette dernière. Le problème est que cette posture est de nature à renforcer le phénomène de polarisation de la laïcité en la promouvant comme une valeur, sans tenir compte du fait que les termes de la pesée des intérêts sont en réalité pré-structurés par une certaine idée de la religiosité comme relevant de la simple conviction privée²¹⁶⁷.

494. La juridicisation des convictions religieuses comme intérêt protégé par la liberté de religion. Cette démarche est nécessaire pour que puisse être menée à bien la recherche d'un juste équilibre par la mise en balance entre les intérêts protégés. Lorsqu'il doit résoudre un conflit de droits, le juge « désarme un conflit de normes »²¹⁶⁸. Par conséquent, « la balance des intérêts ne porte pas sur des faits, mais sur des normes »²¹⁶⁹, ce qui suppose que ces normes soient décomposées *en tenant compte* des situations factuelles auxquelles elles se rapportent.

On le voit bien : la liberté de religion se décompose en deux éléments qui gravitent autour de la notion de « conviction », c'est-à-dire le droit d'avoir une conviction et le droit de la manifester. Les « convictions » constituent l'objet de protection de la liberté de religion et jouissent à ce titre, tantôt d'une protection insusceptible de limitation (le droit d'en avoir), tantôt d'une protection sujette à restrictions (le droit de les manifester). Lorsque la liberté de religion de l'une des parties est en jeu, le juge doit alors se prêter à l'examen d'applicabilité de cette liberté à l'espèce qui lui est soumise, au regard de la partie qui invoque la violation de cette liberté²¹⁷⁰. Si les deux parties avancent la violation de leur liberté de religion, ce seront alors les « convictions religieuses » de

²¹⁶⁵ F. SUDRE, « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, sous la dir. de L. POTVIN-SOLIS, Bruylant, 2012, p. 254.

²¹⁶⁶ Même s'il importe d'être conscient que l'intérêt général sera toujours implicite dans la mise en balance des droits ; comme l'indique C. MADELAINE, à propos de la Cour EDH, « La balance des deux intérêts privés ne peut se faire qu'au regard de l'intérêt général » (C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, [th. 2012], p. 330, n° 631).

²¹⁶⁷ V. en ce sens, H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 213, n° 202.

²¹⁶⁸ F. RIGAUX, « Logique et droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1197 (voir p. 1201).

²¹⁶⁹ C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263.

²¹⁷⁰ Sur les modalités d'examen de l'applicabilité de la liberté de religion, v. *supra* n° 419s., spéc. n° 442s.

chacune qui seront objet de leur liberté respective. En tant qu'intérêt juridiquement protégé, les convictions religieuses se judiciarisent.

Finalement, si l'une des normes à mettre en balance est la liberté de religion, il incombe au juge de s'interroger sur sa portée intrinsèque : de quoi elle se compose en l'espèce – c'est-à-dire l'identification des convictions protégées – et quelle est sa portée normative aux yeux de l'individu, ce qui revient à en caractériser la commensurabilité (**B**).

B. La commensurabilité des intérêts protégés

« Certains pouvoirs priment d'autres, en raison de leur nature »²¹⁷¹.

495. Positionnement du problème. La méthode de la proportionnalité, au travers de la mise en balance des intérêts qu'elle suppose, pose la question – outre celle de l'identification des intérêts protégés – de leur commensurabilité. En effet, le terme « proportionnalité » fait référence dans le langage courant au rapport de grandeur existant entre deux choses liées par un rapport commun (qui permet justement d'effectuer la comparaison). Si l'on devait filer la métaphore : pour que les intérêts en jeu puissent être comparés, encore faut-il que l'on puisse s'accorder sur le poids qu'ils sont susceptibles de peser dans la balance. Il s'agirait alors de savoir *comment* déterminer le poids de chacun de ces intérêts, puis, d'être capable de déterminer si « les bons poids ont été placés sur les plateaux de la balance »²¹⁷².

À cet effet, pourquoi ne pas envisager d'établir une hiérarchie des droits qui constituerait *ab initio* une grille de lecture des conflits entre les droits fondamentaux ? Quel modèle doit être adopté par les juridictions judiciaires françaises, et, subséquemment, comment peut-il être mis en œuvre ? Deux solutions *a priori* antagonistes peuvent être proposées : soit l'on admet qu'il est possible d'établir une hiérarchie préétablie des droits protégés qui permettrait de déterminer leur poids respectif dans l'hypothèse où ils devraient rencontrer un droit antagoniste. On pourrait alors discerner un triple degré de comparaison du poids des intérêts concurrents : entre les droits fondamentaux et l'intérêt général, entre les droits fondamentaux eux-mêmes, et au sein d'un même droit fondamental²¹⁷³. Soit l'on se refuse à une telle catégorisation des droits, ce qui revient à réguler systématiquement et uniquement les conflits de droits fondamentaux par des considéra-

²¹⁷¹ J. LESUEUR, *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, PUAM, 2009, n° 492-494, cité par P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189.

²¹⁷² H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.

²¹⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 241, n° 325s.

tions concrètes et spécifiques à chaque cas. Force est de constater qu'aucune de ces solutions ne prévaut en pratique, mais qu'elles se combinent.

496. Selon certains auteurs, il existerait non seulement une hiérarchie des normes, au sommet de laquelle règnent les droits fondamentaux, mais aussi une hiérarchie substantielle entre les droits fondamentaux²¹⁷⁴. Dans cette hypothèse, la hiérarchie peut s'envisager selon deux conceptions : l'une, formelle, prendrait une allure kelsénienne et reviendrait à dégager *a priori* des droits systématiquement privilégiés en cas de conflit entre plusieurs droits fondamentaux ; l'autre, plus souple, permettrait d'envisager la supériorité d'un droit par rapport à l'autre en fonction de leur force normative respective au regard d'une échelle de valeur²¹⁷⁵. En droit européen des droits de l'homme, on pourrait voir dans la hiérarchie des régimes juridiques de protection des droits leur hiérarchisation abstraite, selon que les droits bénéficient d'une protection absolue²¹⁷⁶ (ce serait la catégorie des « poids lourds »), d'une protection relative forte²¹⁷⁷ (les « poids moyens ») ou d'une protection relative faible²¹⁷⁸ (les « poids légers »). Cette hiérarchie de protection n'introduit pourtant aucune hiérarchie normative entre les droits conventionnellement garantis, susceptible de « fournir une règle de départage en cas de conflit entre droits »²¹⁷⁹.

Cette distinction préalable trouve cependant ses limites lorsque sont impliqués deux droits dits « conditionnels », voire – plus rarement – dans le cas particulier où, pour un seul et même individu, la sauvegarde de plusieurs de ses droits fondamentaux suppose une entrave à un droit absolu ou à un autre droit fondamental. Cette dernière difficulté peut être illustrée au travers d'un exemple particulier : celui de la gestion des grèves de la faim en prison. Les prisonniers en détention recourent régulièrement à la grève de la faim pour manifester et se faire entendre²¹⁸⁰. Ce

²¹⁷⁴ J. LESUEUR, *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, PUAM, 2009 ; G. BENAR, « Vers des droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Amicorum Liber Karel Vasak*, Bruylant, 1999, p. 75.

²¹⁷⁵ V. en ce sens la thèse de M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011. Pour l'auteur, l'échelle de référence réside dans l'importance des droits au sein d'une société démocratique.

²¹⁷⁶ C'est-à-dire les droits intangibles, insusceptibles de dérogation.

²¹⁷⁷ C'est-à-dire les droits pouvant faire l'objet de dérogations mais non de restrictions (droit à un procès équitable ; droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; droit à un recours ; droit à l'instruction ; droit à des élections libres...).

²¹⁷⁸ C'est-à-dire les droits susceptibles de dérogations et de restrictions spécifiques (droit à la liberté et à la sûreté ; droit au bénéfice du double degré de juridiction en matière pénale ; droit de propriété) ou générales (clause d'ordre public ; liberté d'expression ; droit de manifester sa religion ou ses convictions ; liberté de réunion et d'association...).

²¹⁷⁹ F. SUDRE, « Introduction », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 15, spéc. p. 19.

²¹⁸⁰ Dans un rapport sur les conditions de détention dans les administrations pénitentiaires française, déposé en 2000, ce n'est pas moins de 953 grèves de la faim *supérieures à sept jours* qui ont été rapportées sur l'année 1998 (J.-J. HYEST et G.-P. CABANEL, *Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, Sénat, 2000, p. 130). On notera toutefois que les grèves de la faim prolongées et/ou totales sont assez rares en

type de protestation peut entraîner, dans les cas les plus extrêmes, des conséquences tragiques : la mort du prisonnier. Le seul moyen pour les autorités de protéger la vie des détenus qui refusent de manger est de procéder à son alimentation forcée. Or, cette solution met en jeu plusieurs des droits fondamentaux du détenu : le droit à la vie, la protection contre la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants et le principe d'autonomie. La répartition des droits sur la balance pourrait se résumer ainsi : en vertu de l'article 2 de la Convention EDH, chaque État a l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction²¹⁸¹. Le respect de cette obligation implique que l'on puisse alimenter de force un détenu en grève de la faim pour qui il existe un risque de mort immédiat²¹⁸². Dans le même temps, la manière avec laquelle les détenus sont alimentés de force peut constituer, en elle-même, un traitement dépassant le seuil minimum de gravité de l'article 3 de la Convention²¹⁸³. D'autant que l'alimentation forcée d'un détenu contre sa volonté constitue une entrave à son droit à l'autodétermination issu de l'article 8²¹⁸⁴ et est contraire à l'article R. 4127-36 du Code de la santé publique²¹⁸⁵. La protection de la vie vaut-elle plus que le droit à l'autodétermination ? Si l'on en croit la hiérarchie formelle, nous pourrions penser que oui. Mais en pratique, est-ce vraiment le cas ? Deux droits « inférieurs » ne pourraient-ils pas, s'ils se cumulent, contrebalancer un droit « supérieur » ?

D'autre part, peut-on hiérarchiser *in abstracto* deux droits conditionnels qui entrent en conflit ? Le cas échéant, sur quels critères bâtir cette hiérarchisation ? Si la primauté accordée aux droits indérogeables peut se justifier, le problème de la hiérarchisation abstraite des autres droits fondamentaux se pose de manière presque irréductible :

« sauf à recourir à des postulats ou à des prémisses indémontrables, aucune démarche, théologique, rationaliste, matérialiste ou autre, ne peut établir une hiérarchie des droits, qu'elle la fonde sur une essence présumée, sur une utilité prédéterminée, sur un bienfait préqualifié. Dès lors qu'ils expriment une aspi-

France (I. PERON et S. VINCENDON, « La délicate gestion d'un prisonnier en grève de la faim », *L'Express* (9 oct. 2018)).

²¹⁸¹ Cour EDH [G.C.], *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juil. 2014, req. n° 47848/08, § 130.

²¹⁸² Cour EDH, *Ciorap c. Moldova*, 19 juin 2007, req. n° 12066/02, § 76. L'article D. 364 du Code de Procédure pénale dispose en ce sens que « Si un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, il ne peut être traité sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement et seulement sur décision et sous surveillance médicales ».

²¹⁸³ Cour EDH, *Nevmerzitsky c. Ukraine*, 5 avr. 2005, req. n° 54825/00, § 94-95. En l'espèce, l'alimentation forcée qui avait été infligée au détenu a reçu la qualification de « torture » au sens de l'article 3 de la Convention (§ 98).

²¹⁸⁴ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, § 62 : « même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle, la jurisprudence des organes de la Convention considère l'imposition par l'État de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8 § 1, et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe dudit article ».

²¹⁸⁵ Spéc. al. 1 et 2 : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. [al. 2] Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences ».

ration de l'homme, ses droits sont tous équivalents dans leur nécessité comme dans leur légitimité »²¹⁸⁶.

Il est en effet malaisé d'admettre explicitement non seulement qu'il existe, en amont du conflit, une hiérarchie abstraite des droits fondamentaux conditionnels, mais aussi que celle-ci est *valable*. D'ailleurs, la Cour EDH y est explicitement réticente, par exemple lorsqu'elle indique que le droit au respect de la vie privée mérite *a priori* un « égal respect » que le droit à un procès équitable²¹⁸⁷. Il en va de même pour les articles 8 et 10 de la Convention²¹⁸⁸. En l'occurrence, toute hiérarchisation établie *ab initio* semble devoir être exclue puisque la question essentielle à trancher est « celle du poids relatif à attribuer, au vu des circonstances particulières de l'espèce, à chacun de ces deux droits, lesquels appellent en principe un égal respect. À cette fin, la Cour devra apprécier l'importance comparée des deux droits en jeu dans leurs aspects concrets, la nécessité de restreindre, ou de protéger, chacun d'eux, et la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²¹⁸⁹.

497. Deux poids, deux mesures ? Force est de constater qu'il est impossible de déterminer une échelle métrique qui permettrait de hiérarchiser juridiquement et *a priori* un intérêt par rapport à un autre. En ce sens,

« L'analogie avec la balance n'est pas vraiment appropriée, puisque les intérêts placés de part et d'autre sont incommensurables. C'est comme si on jugeait que telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde »²¹⁹⁰.

De plus, si l'on considère que les intérêts à mettre en balance sont pourvus d'un certain poids, évalué par le juge, l'appréciation judiciaire risque d'être faussée par la structure des parties au procès et par la représentation qu'elles assurent des intérêts en présence²¹⁹¹. Le problème tient ici à un conflit de perspectives qui repose sur le constat que les différentes parties au litige entretiennent des représentations différentes des enjeux, spécialement lorsqu'elles diffèrent par la taille. Chacune d'entre elles effectue un cadrage qui lui est propre et par conséquent, toutes deux n'envisagent pas le litige sur le même plan ce qui peut poser problème dans la détermination du poids des intérêts en jeu. Ce serait comme comparer un kilogramme avec une livre de pommes !

Cette objection met en exergue une autre difficulté à la problématique de la hiérarchisation abstraite des intérêts : la métaphore de la mise en balance implique que l'on puisse comparer

²¹⁸⁶ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, 8^e éd., PUF, 2003, p. 9-10.

²¹⁸⁷ Cour EDH, *N. N. et T. A. c. Belgique*, 13 mai 2008, req. n° 65097/01, § 43.

²¹⁸⁸ Cour EDH [G.C.], *Bédat c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n° 56925/08, § 52 (et les réf. citées) ; Cour EDH [G.C.], *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, req. n° 931/13, § 123.

²¹⁸⁹ Cour EDH [G.C.], *Perinçek c. Suisse*, 15 oct. 2015, req. n° 27510/08, § 228 (nous soulignons).

²¹⁹⁰ Opinion concurrente du juge A. SCALIA sous USSC, *Bendix Autolite Corps v. Midwesco Enterprises*, 488 U.S. 888, 897 (1988).

²¹⁹¹ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 350.

les deux intérêts en conflit. Une telle pesée suppose que l'on ait déterminé une échelle de mesure sur la base de laquelle lesdits intérêts peuvent être rationnellement comparés et rangés (*en kg ou en lb ?*). Quelle est la norme de référence qui doit être employée dans le raisonnement judiciaire pour comparer les intérêts en jeu ? Selon Petr MUZNY, elle se nicherait dans les valeurs sociales²¹⁹². Dans le raisonnement dialectique de proportionnalité caractéristique du raisonnement judiciaire, la norme de référence serait d'ordre téléologique et s'incarnerait dans le « but poursuivi ». Pour Olivier DE SCHUTTER, la solution à ces problématiques peut se trouver dans une conception délibérative des intérêts en jeu. Tandis que le problème des conceptions classiques réside, on le voit bien, dans le choix de la norme de référence et dans l'identification du poids intrinsèque de chaque intérêt à mettre en balance, une conception délibérative prendrait acte de la capacité qu'ont les différents intérêts en jeu de se transformer à l'épreuve de la discussion. Elle admet qu'ils puissent évoluer dans le cadre du procès par leur mise en contact²¹⁹³.

498. Le choix d'une grille de lecture combinée. Une grille de lecture, semblablement plus effective et qu'il conviendra de retenir, fut proposée par Colombine MADELAINE²¹⁹⁴. Pour cette auteure, les juridictions peuvent se référer de deux manières à la situation pour déterminer la valeur de l'intérêt à protéger²¹⁹⁵ : par une analyse *in concreto* et par une analyse *in abstracto*.

Dans le premier cas, la valeur d'un intérêt sera corrélée à l'étendue de l'atteinte qui est portée au droit afférent et à l'existence de solutions moins attentatoires à celui-ci. Une telle démarche s'observe dans la jurisprudence de la Cour EDH. Dans un arrêt *Molla Sali c. Grèce*²¹⁹⁶, la Grande Chambre a par exemple relevé les « lourdes conséquences » que l'application de la charia à la succession litigieuse avait eue pour la requérante, qui s'était alors « vue privée des trois-quarts de l'héritage » auquel elle aurait dû prétendre en vertu du testament civil rédigé par son époux.

²¹⁹² P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, p. 52, n° 44s.

²¹⁹³ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁹⁴ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, [th. 2012], p. 326, n° 624.

²¹⁹⁵ L'analyse porte sur les obligations positives mais les critères adoptés nous semblent pouvoir être déployés en droit interne pour la mise en balance d'intérêts privés concurrents.

²¹⁹⁶ Cour EDH [G.C.], *Molla Sali c. Grèce*, 19 déc. 2018, req. n° 20452/14. L'affaire concernait l'application du droit islamique à une succession testamentaire ayant été rédigée selon les règles civiles par un testateur de confession musulmane. La Cour de cassation grecque avait considéré, en application du traité de Sèvres de 1920 et du traité de Lausanne de 1923 qui prévoyaient l'application des coutumes musulmanes et du droit islamique aux ressortissants grecs de confession musulmane, que le droit applicable à la succession du défunt était le droit islamique et que le testament public en question serait dépourvu d'effet juridique. La requérante avait alors été privée des droits que lui avait accordés le testament rédigé par son époux. Examinant l'affaire sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 1-P1, la Cour EDH conclut à l'existence d'une différence de traitement illégitime, fondée sur la religion du testateur. C'est la première fois que la Grande Chambre examine la question et conclut à l'existence d'une discrimination par association.

L'attention portée à ces conséquences constitue le premier élément mis en exergue par la Cour dans l'examen de la proportionnalité de la différence de traitement sur laquelle elle était saisie²¹⁹⁷.

Dans le second, elle sera renforcée pour certaines catégories de personnes jugées vulnérables : une attention renforcée sera accordée, sur la base de la jurisprudence européenne, aux intérêts des mineurs, des détenus, des femmes battues, des femmes enceintes, des personnes malades ou atteintes d'un handicap, des minorités, des demandeurs d'asile²¹⁹⁸ ; somme toute, de la partie la *plus faible*. En ce sens par exemple, l'intérêt *supérieur* de l'enfant devrait primer sur l'intérêt de ses parents²¹⁹⁹. Cette prévalence correspond à la posture adoptée en droit français où l'intérêt de l'enfant est considéré comme « la mesure de toute chose »²²⁰⁰. En outre, on peut tout à fait imaginer qu'en droit du travail, les intérêts du salarié soient dotés d'un poids plus important que celui qu'ils ne revêtiraient en d'autres circonstances car, puisque le travailleur constitue la partie la plus faible au contrat, ses intérêts méritent une protection particulière²²⁰¹.

En somme, ces deux degrés d'analyse, *in concreto* et *in abstracto*, se combinent pour permettre de déterminer lequel des intérêts en jeu peut prévaloir sur l'autre, dans le cas particulier soumis à l'examen judiciaire. S'ils ne fixent pas une nomenclature des intérêts protégés, ils fournissent au moins une grille de lecture sur la base de laquelle le juge peut construire sa décision. De surcroît, cette incommensurabilité des intérêts n'est pas un obstacle infranchissable puisqu'il ne rend pas le conflit indécidable. Une décision sera toujours possible mais, comme l'indique Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « elle ne pourra se parer de l'objectivité que lui conférerait l'introuvable *tertium comparationis* extérieur au décideur et à ses propres conceptions. Une dose de subjectivité est donc inévitable ; un authentique *choix* non démontrable s'impose »²²⁰². Cette subjectivité, toute inévitable soit-elle, n'en demeure pas moins encadrée ; encadrée méthodologiquement (par la collégialité et la motivation de la décision) et axiologiquement (c'est-à-dire les conceptions partagées de la communauté juridique).

²¹⁹⁷ Cour EDH [G.C.], *Molla Sali c. Grèce*, préc., § 144-145.

²¹⁹⁸ V. C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., p. 327, n° 624 et les références citées.

²¹⁹⁹ V. par ex. Cour EDH, *Hokkanen c. Finlande*, 23 sept. 1994, req. n° 19823/92, § 58 ; Cour EDH, *Nuutinen c. Finlande*, 27 juin 2000, req. n° 32842/96, § 128.

²²⁰⁰ H. FULCHIRON et P. MALAURIE, *Droit de la famille*, 6 éd., LGDJ, 2017, p. 718, n° 1556. V. cependant Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004, n° 01-01600 (refus de l'adoption d'un enfant incestueux par ses deux parents, bien que l'expert l'eût jugée conforme à l'intérêt de l'enfant).

²²⁰¹ CJCE, *Ivenel c/ Schwab*, 26 mai 1982, aff. 133/81, *Rec. CJCE* 1982, p. 1891 ; *JDI* 1982, p. 948, note J.-M. BISCHOFF et A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON. La dissymétrie existant entre les parties au contrat de travail s'explique notamment par le lien de subordination qui existe entre le travailleur et l'employeur. Sur la notion de « partie faible », v. M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 616s.

²²⁰² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 281, n° 392.

« L'arbitrage judiciaire des cas difficiles relève en dernière instance d'un jugement de valeur moral »²²⁰³.

499. Les convictions religieuses du justiciable, un poids dans la balance ? En tant qu'intérêt juridiquement protégé par la liberté de religion, les convictions religieuses doivent nécessairement peser dans la balance lorsqu'elles sont impliquées dans un litige. À l'admission de leur juridicisation, succède donc l'examen de leur *force normative*. Cet examen s'inscrit dans le cadre de l'examen *in concreto* de la commensurabilité des intérêts protégés, c'est-à-dire qu'il permettra de déterminer l'étendue de l'atteinte portée au droit afférent. En effet, tout comme celle-ci est corrélée au poids conféré à l'intérêt protégé, l'étendue de l'atteinte portée à la liberté de religion d'une partie est corrélée à la force que la conviction protégée représente aux yeux de l'intéressé. C'est-à-dire que plus une conviction religieuse sera tenue et respectée fermement, plus elle aura, aux yeux de l'individu, une force normative contraignante, et plus l'atteinte qui lui est portée est susceptible d'avoir d'importantes conséquences.

Partant, comment mesurer la force des convictions religieuses d'une partie ? À ce stade de l'étude, nous prendrons soin de rappeler qu'une émancipation vis-à-vis des dogmes religieux institutionnels est nécessaire au respect du principe de laïcité et à la séparation des ordres juridiques étatiques et religieux. Dès lors, il est important que la force d'une conviction religieuse ne s'envisage pas à l'aune des lois ou des dogmes de la religion à laquelle elle se rattache. Un comportement religieux considéré comme particulièrement obligatoire dans une confession ne s'impose pas nécessairement avec la même force à l'esprit du croyant. Cela fait-il de lui un croyant non protégé par la liberté de religion ? Répondre par l'affirmative reviendrait à faire des tribunaux les bras séculiers des Églises. Si les références aux dogmes institutionnels par les questions *la religion recommande-t-elle ce comportement et dans quelle mesure ? S'agit-il, objectivement, d'une obligation ou d'une recommandation ?* peuvent être évoquées dans le raisonnement, elles ne constituent que des éclairages, des « éléments de contexte »²²⁰⁴ et ne sauraient en constituer l'élément déterminant. Comme dans l'examen d'applicabilité, l'appartenance religieuse n'est qu'un indice²²⁰⁵. Par conséquent, c'est, là-encore, une perspective subjective qui doit guider le juge. L'appréciation de la force d'une conviction religieuse devrait plutôt s'envisager comme un examen de sa portée intrinsèque.

²²⁰³ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3 éd., Bruylant, 2011, p. 580.

²²⁰⁴ Selon l'expression de Monsieur le rapporteur Laurent TRUCHOT à l'arrêt Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369 (affaire *Baby Loup*).

²²⁰⁵ V. *supra* n° 434s.

500. Pour ce faire, on pourrait proposer d'inscrire la conviction religieuse dans une échelle de juridicité. Selon Boris BARRAUD, qui l'a théorisée, l'échelle de juridicité est un instrument de mesure de la force juridique des normes qui se fonde sur l'idée selon laquelle les normes se différencient non par leur nature, mais par leur degré²²⁰⁶. La mesure de la force des convictions religieuses permet donc, en les inscrivant dans une échelle de juridicité, de procéder à leur « pesée » *in concreto*. C'est ensuite grâce aux outils de la proportionnalité que celles-ci, sur la base des éléments qui auront été établis précédemment, pourront jouer un rôle dans le raisonnement juridique (III).

III. GRACE AUX OUTILS DE LA PROPORTIONNALITE

« La “balance des intérêts” est *tout sauf simple* »²²⁰⁷.

501. L'usage du contrôle de proportionnalité suppose que soient éclaircies les modalités de sa mise en œuvre : sur quels critères la mise en balance des intérêts concurrents doit-elle reposer ? Quels outils peuvent être mis à disposition du juge pour procéder à une *juste* mise en balance et trouver le *juste* équilibre ?

A. Le recours à l'argument conséquentialiste

« Ce serait folie d'ignorer les conséquences »²²⁰⁸.

502. **Un détour par la philosophie morale.** En philosophie morale, trois grands courants de pensée ont été mis en exergue : le conséquentialisme, le déontologisme et l'éthique des vertus²²⁰⁹. Inspirée en partie de la philosophie d'ARISTOTE, l'éthique des vertus s'intéresse au perfectionnement vertueux de l'agent : « être quelqu'un de bien, une personne de bon caractère, généreuse, affectueuse, courageuse, etc. »²²¹⁰. Pour cette raison, elle n'a vraisemblablement pas à être employée dans le raisonnement des juges judiciaires qui ne cherchent pas leur perfectionnement personnel ni celui des justiciables d'un point de vue moral.

Le déontologisme, du grec *déon* qui signifie « devoir », repose quant à lui sur l'idée qu'il existe des principes absolus qu'il est moral de respecter en toutes circonstances²²¹¹. Autrement dit,

²²⁰⁶ B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017, p. 76s.

²²⁰⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 277, n°380.

²²⁰⁸ A. BOYER, art. éponyme, *Arch. phil. Dr.*, 2004, t. 48, p. 291.

²²⁰⁹ J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014, p. 1.

²²¹⁰ R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine, et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011, p. 326.

²²¹¹ L'emploi du terme « déontologisme » en philosophie morale s'est généralisé à la fin du XX^e siècle, sous l'influence de John RAWLS, mais cette théorie avait déjà été explorée en d'autres termes par KANT au XVIII^e siècle.

le cœur de l'option déontologiste en philosophie morale réside dans les contraintes morales qui requièrent principalement des obligations négatives d'abstention (ne pas mentir, ne pas tuer, ne pas torturer, par exemple). Le modèle déontologiste le plus connu est la variante kantienne du devoir moral absolu²²¹², lequel tire son caractère obligatoire de sa forme rationnelle.

« Il suppose que l'agent moral est un être tout à la fois impartial et perfectible, capable donc de tenter de suivre une règle parfaite et absolue. L'imperfection du résultat moral de son action ne proviendra donc que de sa propre imperfection et jamais de celle de la règle qui est, par définition, absolument rationnelle et parfaite »²²¹³.

Parmi les contemporains de la philosophie déontologiste kantienne se trouve John RAWLS. Dans sa *Théorie de la justice*, le philosophe établit des principes de justice destinés à gouverner la « structure de base » d'une société juste²²¹⁴ : la garantie des libertés fondamentales et la minimisation des inégalités. La démarche déontologique évalue un choix en déterminant dans quelle mesure il satisfait aux obligations qui incombent à l'agent ; elle est traditionnellement opposée à la démarche conséquentialiste.

Pour le conséquentialiste, ce qui « compte moralement », c'est « de faire en sorte qu'il y ait, au total, *le plus de bien ou le moins de mal possible dans l'univers* »²²¹⁵. Il affirme que « l'option juste, dans tout choix, est celle qui produit les meilleures conséquences »²²¹⁶.

503. Cet enjeu de philosophie morale se répercute en droit précisément dans le contrôle de proportionnalité, et n'est pas passé inaperçu chez certains des commentateurs de la réforme. Certains craignent que soit adoptée, dans le contrôle de proportionnalité, une approche utilitariste ou fonctionnaliste de celui-ci mais soulèvent dans le même temps les limites pratiques d'une approche déontologiste²²¹⁷. Pourtant, le conséquentialisme contient tous les outils conceptuels et méthodiques qui permettraient d'opérer la mise en balance des intérêts propre au contrôle de proportionnalité. Il se compose de cinq éléments qu'il nous semble nécessaire de restituer²²¹⁸ :

1. Le conséquentialisme enjoint à promouvoir un bien sans définir la nature de ce bien ;
2. Les résultats de l'action incluent la valeur de l'action ;
3. Le bien doit être appréhendé de façon neutre quant à l'agent ;
4. Ce sont les conséquences espérées d'une action qui comptent, et non ses conséquences réelles (une action est moralement bonne si et seulement si aucune autre action alternative

²²¹² V. not. E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785.

²²¹³ J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, préc., p. 167.

²²¹⁴ M. CANTO-SPERBER, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, v. « Rawls », p. 1258.

²²¹⁵ R. OGIEN, *op. cit.*, p. 322.

²²¹⁶ M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, v. « Conséquentialisme », p. 313.

²²¹⁷ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 20.

²²¹⁸ Nous devons ces critères à J.-C. BILLIER, *op. cit.*, p. 33-37.

ne peut avoir de meilleurs résultats en termes de promotion de la valeur endossée préalablement) ;

5. Ces conséquences espérées s'entendent des conséquences *raisonnablement prévisibles*.

À partir de ces cinq éléments, on ne peut que remarquer que le conséquentialisme, en tant que méthode d'éthique normative, identifie le bien par rapport aux *conséquences positives* de nos actes ou de nos règles sur la promotion de *valeurs* ayant été préalablement établies. Il serait donc erroné de croire que le conséquentialisme écrase les valeurs puisque précisément il cherche à les *promouvoir*. Et parce que ces valeurs sont déterminées préalablement, le conséquentialisme permet une compréhension neutre du bien par l'agent – en l'occurrence, par le juge – qui peut donc, de fait, prononcer des jugements objectifs d'un point de vue moral²²¹⁹.

504. Emploi de l'argument conséquentialiste. En tant que méthode d'analyse qui repose sur la prise en compte dans le raisonnement juridique des conséquences que pourraient avoir une décision dans les cas où se pose un problème d'interprétation²²²⁰, le conséquentialisme semble s'être imposé comme le « nouveau paradigme dans la logique de justification »²²²¹.

« Quoique Thémis continue à être représentée les yeux bandés, le juge ne manque pas d'avoir égard aux effets que sa décision est susceptible d'avoir au-delà du litige particulier qui l'a suscitée »²²²².

Le raisonnement des juges de la Cour EDH constitue un terrain privilégié d'emploi de la technique. Dès 1979, dans le célèbre arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour de Strasbourg avait affirmé, s'appuyant sur un principe général du droit communautaire, que « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin »²²²³. Si la démarche conséquentialiste n'a, par la suite, pas été aussi ouvertement affichée par l'organe européen, elle figure pourtant au cœur du raisonnement strasbourgeois. Dans sa thèse consacrée à la motivation des décisions de la Cour de Strasbourg, Aurélia SCHAHMANECHE a en effet démontré que le conséquentialisme constitue un outil privilégié du raisonnement européen en raison de la conception que se fait ladite Cour de son office. Comme le souligne l'auteure, la Cour EDH se veut « proche des réalités mais aussi tout à fait consciente des préoccupations des justiciables », ce qui la con-

²²¹⁹ Étant entendu que dans une perspective conséquentialiste, est moral ce qui maximise le bien. La morale est ici indépendante de toute métaphysique.

²²²⁰ S. SALLES, citée par A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 649, n° 806, note 3589.

²²²¹ N. MAC CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par J. GAGEY, PUF, 1996, p. 153, note 12.

²²²² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 565s., n° 786s.

²²²³ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, § 58 ; se référant à CJCE, *Defrenne*, 15 juin 1978, n° 149/77.

duit à avoir égard « aux implications concrètes des solutions qu'elle est amenée à rendre »²²²⁴. L'explicitation, dans la motivation de ses arrêts, de l'approche conséquentialiste qui l'a conduite à adopter telle ou telle solution lui permet d'assurer la bonne réception de sa jurisprudence en droit interne et « d'œuvrer à la transparence et à l'intelligibilité de son discours »²²²⁵.

505. En France, l'approche conséquentialiste est bien constitutive d'une technique de raisonnement mobilisée par les juges français mais elle n'est que très exceptionnellement portée à la connaissance du public et souvent cantonnée, pour ce qui est de la Cour de cassation, aux travaux préparatoires des arrêts²²²⁶. De la même manière, les juridictions du fond ne l'emploient guère explicitement, la tradition juridique française encourageant à ce que la solution adoptée paraisse découler de la seule application de la norme. Profondément inspirée de MONTESQUIEU et de BECCARIA, la motivation « à la française » post-Révolution repose sur la tradition syllogistique aristotélicienne et ne laisse point de place à l'argumentation étendue. Le juge, « bouche de la loi »²²²⁷, construit ses jugements sur la base d'un seul syllogisme dont la majeure est constituée par la loi applicable, la mineure, par le cas d'espèce, et la conclusion, par la sentence²²²⁸. En ce qui concerne les cours souveraines françaises, il s'agit de « produire une image du juge réduit à la mise en œuvre d'une démarche de simple confrontation entre des normes hiérarchisées, sans possibilité de développer ouvertement une réflexion sur l'opportunité d'appliquer telle ou telle norme, sur la façon préférable de l'interpréter, sur les conflits éventuels de jurisprudence, ou encore sur les enjeux politiques, sociaux et économiques de la décision, etc. L'arrêt reste entièrement univoque et ne suggère jamais la possibilité d'autres solutions »²²²⁹. Dans une telle perspective, on comprend facilement que l'argument conséquentialiste puisse être boudé de la technique de la motivation, celui-ci ayant vocation à « porter à la connaissance le sens caché et non plus le seul apparent de la motivation »²²³⁰. Pourtant, l'analyse des travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation révèle que les arguments de logique juridique sont accompagnés de données d'opportunités dans 25% des cas et emploient une démarche pragmatique du même ordre que le conséquential-

²²²⁴ A. SCHAHMANECHE, *op. cit.*, p. 649, n° 807.

²²²⁵ *Ibid.*, p. 649, n° 808.

²²²⁶ V. tout particulièrement N. MAC CORMICK, *op. cit.*, p. 116s. ; P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation. Étude des travaux préparatoires », in *Mélanges J.-F. BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 125. Pour le Conseil Constitutionnel, v. S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016.

²²²⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

²²²⁸ A. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.

²²²⁹ M. COHEN et P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des Cours souveraines et des Cours constitutionnelles*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 34

²²³⁰ F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », in *La motivation des décisions des Cours suprêmes : entre exigences processuelles et traditions juridiques*, sous la dir. de F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU, Bruylant, 2011, p. 25.

lisme dans un tiers de ceux-ci²²³¹. Dans la tradition juridictionnelle française, le conséquentialisme opère dans les coulisses du raisonnement judiciaire. C'est à l'occasion de sa mise en œuvre (B) qu'il sera décidé lequel ou lesquels des intérêts en conflit prévaudront sur d'autres intérêts en l'espèce.

B. La mise en œuvre de l'argument conséquentialiste

« Le conséquentialiste est orienté vers l'avenir »²²³².

506. La démarche conséquentialiste se distingue assez clairement dans le raisonnement de la Cour EDH, qui, lorsqu'elle motive, « a à cœur de se poser la question de savoir à quoi et où la décision qu'elle projette de rendre va pouvoir mener »²²³³. La démarche conséquentialiste se traduit alors par un raisonnement régressif qui repose, au plan méthodologique, sur la technique de la mise en balance des intérêts :

« En pratique, il s'agira pour le juge, de procéder à une multiplicité de pronostics d'effets en vue de déterminer quelle solution doit prévaloir compte tenu de l'ensemble des circonstances factuelles »²²³⁴.

Auront alors vocation à entrer en ligne de compte pour élaborer ces « pronostics d'effets », non seulement les données juridiques du problème, mais aussi l'ensemble « des situations, de nature pluridisciplinaire, qui s'étend, au-delà des seuls aspects juridiques, aux réalités multiples du contexte, notamment social et économique, général et personnel, matériel et moral »²²³⁵. Il s'agit donc pour le juge de rechercher les conséquences de chaque solution possible au litige (1), avant de les comparer afin de déterminer pour laquelle il doit opter (2).

1. La recherche des conséquences de chaque solution possible

« C'est un lieu commun du raisonnement juridique que l'interprète doit, dans toute la mesure du possible, avoir égard aux conséquences du sens qu'il retient, celles-ci

²²³¹ E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 217 (voir p. 235s.).

²²³² A. BOYER, « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *Arch. pb. Dr.*, 2004, t. 48, p. 291.

²²³³ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 652, n° 811.

²²³⁴ K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, [th. Paris I : 2017], p. 384, n° 909.

²²³⁵ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326.

devant passer pour raisonnables plutôt que déraisonnables »²²³⁶.

507. Les conséquences spécifiques et systémiques. Ces pronostics d'effets seront de plusieurs ordres : à chaque solution analysée il convient d'en étudier les effets de longue portée (ce que l'on désignera par l'expression « conséquences systémiques ») ainsi que les effets spécifiques à la situation donnée (c'est-à-dire son impact sur les parties en présence ; on parlera dans ce cas d'effets « spécifiques »)²²³⁷. Il existe plusieurs catégories de conséquences systémiques d'une décision. La solution peut en effet impacter une politique juridique, voire une pratique jurisprudentielle de long terme (c'est l'hypothèse des revirements de jurisprudence) ou encore les épistémologies et paradigmes dominants au sein d'un ordre juridique donné (l'intégration du contrôle de proportionnalité dans les décisions de la Cour de cassation interroge en ce sens le modèle dogmatique français, en permettant que soit écartée une loi en principe applicable à une situation en raison des effets contradictoires aux droits fondamentaux qu'elle produit dans la situation donnée). Dans l'affaire *Baby Loup* par exemple²²³⁸, l'étude des travaux préparatoires de l'arrêt d'assemblée plénière nous permet d'identifier huit solutions possibles entraînant des conséquences de longue portée :

- 1) À défaut de loi, admettre les « entreprises de tendance » (ou « entreprises de conviction ») en droit français. De cette solution en découlent quatre autres :
 - 1.1) Admettre qu'une entreprise puisse se revendiquer « de tendance laïque » ;
 - 1.2) Rejeter la possibilité qu'une entreprise puisse se revendiquer de « tendance laïque » ;
 - 1.3) Admettre la création d'entreprises « de conviction fondées sur la neutralité confessionnelle » ;
 - 1.4) Rejeter la possibilité de création d'entreprises « de conviction fondées sur la neutralité confessionnelle » ;
- 2) À défaut de loi, rejeter les « entreprises de tendance » du droit français. De cette solution en découlent deux autres :
 - 1.1) Admettre qu'une entreprise puisse imposer la neutralité confessionnelle à ses employés ;

²²³⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 304.

²²³⁷ R. A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003, p. 13.

²²³⁸ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369 ; v. le rapport de L. TRUCHOT et l'avis du procureur général J.-C. MARIN (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/612_25_29566.html).

1.2) Interdire qu'une entreprise puisse imposer la neutralité confessionnelle à ses employés.

Tandis que les cinq premières interrogent les rapports entre le droit français, le droit européen des droits de l'homme et le droit de l'Union Européenne²²³⁹ ; la septième s'est concrétisée, deux ans plus tard, dans la législation française²²⁴⁰. Ces huit solutions étaient donc chacune susceptible d'impacter de façon durable les mécanismes juridiques en droit du travail français.

508. Les conséquences spécifiques intéressent à l'inverse des éléments plus ciblés qui touchent directement aux parties au litige : ce sont véritablement les conséquences concrètes potentielles d'une décision sur les parties au procès. Pour une entreprise, il s'agira par exemple de son image de marque²²⁴¹ ; pour un hôpital, de la sécurité²²⁴² ; pour un parent, le retrait de son autorité parentale ou de son droit de visite, etc. Pour une personne privée, les conséquences concrètes de la solution prendront le plus souvent la forme d'un impact que celle-ci aura sur ses droits fondamentaux. Dans l'arrêt *SAS c. France*, la Cour EDH avait par exemple apprécié l'impact de la mesure litigieuse sur les droits des femmes souhaitant porter le voile intégral pour des raisons religieuses en soulignant que les femmes concernées se trouvaient « obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie »²²⁴³.

C'est à ce stade de l'analyse que la portée intrinsèque des intérêts protégés est susceptible d'entrer en ligne de compte. Les conséquences d'une mesure sur un intérêt varieront selon son degré d'impérativité aux yeux de l'individu, c'est pourquoi l'examen de la force d'une conviction religieuse constitue une étape importante du raisonnement. L'accent est alors mis sur l'importance de l'objectif poursuivi par l'autorité publique ou par le particulier qui a exercé son droit et sur l'importance de l'atteinte portée au droit dont la violation est alléguée²²⁴⁴.

²²³⁹ En l'absence de reconnaissance légale, les entreprises de tendance semblaient être « une réalité » en droit français (cf. P. WAQUET, « Le droit actuel offre toutes les ressources utiles », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 485). Elles ont également fait l'objet de trois arrêts rendus par la Cour EDH. Il est néanmoins possible de s'interroger sur leur compatibilité avec l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 (qui prohibe les discriminations fondées sur la religion ou sur les convictions dans le domaine de l'emploi).

²²⁴⁰ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a inséré un article L. 1321-2-1 au Code du travail qui autorise l'employeur à inscrire dans le règlement intérieur « des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

²²⁴¹ V. par ex. Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10.

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 139.

²²⁴⁴ Ce sont ces deux « importances » qui seront en réalité mises en balance (cf. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 6).

L'appréciation de cette importance contribue à déterminer les conséquences qu'une atteinte pourrait générer.

509. Les effets bénéfiques et les effets préjudiciables, ou les bonnes et les mauvaises conséquences. Plusieurs standards interviennent à ce stade du raisonnement : le bénéfique et le préjudiciable, le bon et le mauvais. Si l'on met de côté les débats qui pourraient alimenter la question du seuil de distinction entre ce qui est bénéfique, neutre ou préjudiciable, il est toutefois possible d'en distinguer quelques éléments de différenciation. L'analyse des travaux préparatoires de la décision d'Assemblée plénière dans l'affaire *Baby Loup*²²⁴⁵ nous permet de dégager une grille de lecture. Aussi, une décision qui revient à permettre à une personne privée de restreindre fortement une liberté fondamentale tout en ôtant aux juges le pouvoir d'apprécier le caractère justifié ou proportionné d'une telle restriction s'analyse-t-elle en un « effet préjudiciable ». Celle-ci revient en effet à déposséder le juge de son pouvoir d'appréciation et à mettre les droits fondamentaux d'une catégorie de personnes à disposition d'une autre. Dans l'affaire *Baby Loup*, cette hypothèse correspond à la solution n° 1.1²²⁴⁶. Comme l'indique le Procureur général Jean-Claude MARIN dans son avis :

« Si l'on admettait qu'une entreprise puisse légitimement se prévaloir d'une conviction laïque, la liberté religieuse des salariés serait très fortement restreinte et les juges ne pourraient pas contrôler le caractère justifié et proportionné de l'interdiction du port ostentatoire de tout signe religieux car c'est l'absence elle-même de tout signe religieux qui traduirait la conviction laïque de l'entreprise et, par conséquent, l'interdiction de manifester sa religion serait, par nature, justifiée et proportionnée »²²⁴⁷.

En outre, une décision qui autoriserait une personne privée à poser un interdit général à l'exercice d'une liberté est, elle aussi, « préjudiciable ». En matière religieuse, le principe étant que les salariés sont libres de manifester leur religion dans les entreprises privées²²⁴⁸, un interdit général concernant le port de signes religieux ou d'appartenance à d'autres convictions ne serait pas justifié : il serait *contra legem*²²⁴⁹.

Néanmoins, une décision qui autoriserait une personne privée à poser un interdit circonstancié n'est pas « préjudiciable » à condition que l'interdit poursuive un but légitime et soit proportionné (*stricto sensu*). À ce stade de l'analyse, s'immiscent dans le raisonnement des considéra-

²²⁴⁵ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369 ; v. le rapport de M. TRUCHOT et l'avis du procureur général J.-C. MARIN.

²²⁴⁶ V. *supra* n° 507.

²²⁴⁷ V. p. 29 de l'avis.

²²⁴⁸ On peut même lire en jurisprudence que l'employeur est « investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié » : CA Versailles, 18 avr. 2019, n° 18/021898.

²²⁴⁹ Art. L. 1121-1 du Code du travail.

tions de politique jurisprudentielle : parmi les buts légitimes invocables, on trouve celui de la préservation des droits et libertés d'autrui. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer, ce but légitime peut-être instrumentalisé et défendré de façon tout aussi justifiée deux solutions antagonistes²²⁵⁰. Dans l'affaire *Baby Loup*, il s'agissait de savoir si la liberté de conscience des enfants, de laquelle dérive la liberté des parents de les éduquer selon leurs convictions personnelles pouvait être invoquée comme un but légitime justifiant que soit restreinte la manifestation de signes religieux au sein de la crèche. En l'occurrence, soit on estime que la confrontation des jeunes enfants avec la diversité constitue une atteinte à leurs sentiments religieux, auquel cas l'interdiction est bénéfique pour ces enfants ; soit on considère à l'inverse que le contact avec la diversité contribue à nourrir leur ouverture d'esprit, à encourager leur esprit de tolérance et à favoriser l'expression du pluralisme. Dans cette hypothèse, l'interdiction doit s'analyser comme étant préjudiciable, si ce n'est pour les enfants, au moins pour la préservation du standard de société démocratique. On comprend alors dans quelle mesure la recherche et la prise en compte des conséquences d'une solution pour, à terme, permettre d'arrêter un choix et rendre une décision peut conduire le juge à des jugements de valeur, même indirects ou involontaires. Tandis que l'identification des effets spécifiques et systémiques des solutions n'engage *a priori* aucun argument d'ordre moral (il ne s'agit que de les identifier, pas de les hiérarchiser), la recherche des effets bénéfiques et préjudiciables y conduit nécessairement. Or, comme on a pu le voir chez DWORKIN, « la définition même de ce qu'est une bonne conséquence est déjà une question morale controversée »²²⁵¹. Le contrôle alors opéré par le juge vient enrichir une analyse conséquentialiste (axée sur la prise en compte des conséquences, sans engagement sur les valeurs) d'un *conséquentialisme moral* sensible aux valeurs conséquentialistes (c'est-à-dire le raisonnable, le juste, l'équilibre réfléchi)²²⁵². La comparaison des conséquences de chaque solution possible (2) semble alors guidée par la recherche d'une solution raisonnable et équilibrée.

2. La comparaison des conséquences de chaque solution possible

« Le conséquentialisme repose sur ce qui semble être un truisme, c'est-à-dire une sorte de vérité qui paraît si évidente qu'il est difficile de voir comment il serait possible de la nier : ce que la morale nous demande tout simple-

²²⁵⁰ Cf. *supra* n° 72-73, à propos du « vivre ensemble ».

²²⁵¹ K. ANDRIEU, « Éthique du libéralisme. Entretien avec Ronald Dworkin », *Raison Publique*, avril 2007, n° 6, p. 7.

²²⁵² S. SALLES s'est intéressée à ce basculement dans le cadre du raisonnement du juge constitutionnel, à la lumière de la décision « Burqa » du 7 octobre 2010 ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 453s., n° 564s.

ment, c'est d'essayer de faire le plus de bien ou le moins de mal possible »²²⁵³.

510. Retour à la philosophie morale. Selon quels critères le juge doit-il se fonder pour évaluer laquelle des solutions envisageables doit être retenue ? Pour y répondre, un retour à la philosophie morale s'impose. Contrairement à ce que l'on a tendance à penser, le conséquentialisme n'est pas nécessairement une philosophie tournée vers la recherche du profit économique ; en réalité, il existe plusieurs manières de promouvoir de façon conséquentialiste ce qui est « bien » afin de le maximiser. Partant, quelle conception du « bien » à promouvoir doit guider la prise de décision ? Quelle est la bonne décision ?

La plus célèbre des théories conséquentialistes est l'utilitarisme. Cette théorie propose « une certaine définition du bien à promouvoir »²²⁵⁴ construite, chez BENTHAM, sur la recherche du plaisir et, chez MILL, sur la recherche du bonheur général²²⁵⁵. Chez une grande majorité des penseurs – et des juristes – français, l'utilitarisme ne bénéficie pas de préjugés favorables. On craint que l'utilitarisme fasse place à une logique quasi-managériale de la justice et que les valeurs soient « aplaties au profit de l'efficacité »²²⁵⁶. Or, l'utilitarisme philosophique « n'est en rien assimilable à une défense et illustration du libéralisme économique et à une apologie de l'égoïsme individuel »²²⁵⁷. Le bien-être d'une collectivité donnée, qui constitue la finalité de l'utilitarisme, n'équivaut pas à un équilibre de marché²²⁵⁸. En outre, l'un des principaux avantages de la logique utilitariste réside dans les moyens qu'elle fournit pour « aborder les questions morales de façon rationnelle et sans trop de préjugés »²²⁵⁹. L'impartialité est un principe cardinal de l'utilitarisme. N'est-ce pas finalement ce qu'a toujours recherché la science juridique ? N'est-ce pas ce qui doit gouverner le raisonnement des juges ?

De plus, on reproche à l'utilitarisme d'opérer une atomisation des rapports humains parce qu'ils seraient examinés en fonction de leur contexte et de l'équité. Comme l'utilitarisme renvoie à l'idée d'une forme de calcul des intérêts, il semble se faire le bras armé des revendications individualistes et égoïstes. Ce serait pourtant occulter un aspect important de l'utilitarisme, qui fonctionne en réalité en tandem avec le prescriptivisme universaliste et qui, à ce titre, n'enjoint pas à la

²²⁵³ R. OGIEN et C. TAPPOLET, *Les concepts de l'éthique. Faut-il être conséquentialiste ?*, Hermann, 2009, p. 155.

²²⁵⁴ R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine, et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011, p. 331.

²²⁵⁵ Pour un retour sur ces deux formes d'utilitarisme, v. J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014, p. 101s.

²²⁵⁶ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 20.

²²⁵⁷ J.-C. BILLIER, *op. cit.*, p. 58. Selon l'auteur, il est absolument nécessaire de distinguer l'utilitarisme du réalisme moral mandevillien (selon lequel l'intérêt général est produit spontanément par l'addition des intérêts particuliers).

²²⁵⁸ V. en ce sens, D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford : Clarendon Press, 1987.

²²⁵⁹ R. OGIEN, *op. cit.*, p. 332.

maximisation aveugle du bien-être sans égard aux conséquences sur autrui. Comme l'indique en effet sur ce point Jean-Cassien BILLIER :

« L'utilitarisme, en tant qu'il n'est pas une théorie descriptive, mais bien *normative*, est, par définition, *prescriptif*. Il prescrit, en effet, de faire en sorte soit de maximiser la somme de bien-être, soit de maximiser l'égalité de considération des agents moraux. Dans le second cas, on ne saurait envisager, par définition, une maximisation égoïste. Dans le premier cas, il faut écarter tout autant cette hypothèse. Car l'utilitarisme n'a jamais enjoint de maximiser notre bien-être individuel en étant aveugle aux conséquences sur autrui de cette opération »²²⁶⁰.

Si l'on devait réfuter la crainte de l'atomisation des rapports humains en une phrase, il faudrait donc insister sur le fait que la prescription utilitariste n'est pas individualiste²²⁶¹.

Le problème réside dans le fait que les utilitaristes ni ne reconnaissent la question du pluralisme des valeurs, ni ne négligent la singularité des personnes²²⁶². Tandis que nous avons souligné la subjectivisation de la logique en matière religieuse, l'adoption d'une posture utilitariste, aveugle aux individualités, serait très certainement inappropriée alors même qu'elle influence beaucoup des décisions en pratique (notamment en éthique appliquée, lorsqu'il est question par exemple de l'euthanasie, de l'avortement, du droit de l'environnement ou des animaux)²²⁶³. Ce grief est pourtant franchissable par l'élaboration d'un conséquentialisme « raisonnable »²²⁶⁴. Dans un premier temps, le conséquentialisme utilitariste peut ainsi être envisagé à l'aune de la justice distributive, c'est-à-dire qu'il préférera une distribution qui maximise le bien-être de tous, c'est-à-dire une distribution *égalitaire* du bien. Dans cette perspective, « le conséquentialiste n'aura certainement pas tendance à fondre les personnes dans un ensemble indistinct ou à en sacrifier quelques unes pour le bonheur de tous »²²⁶⁵. Dans un deuxième temps, le conséquentialisme utilitariste doit pouvoir postuler l'existence de droits (et donc s'ouvrir, dans une certaine mesure, à une certaine forme de déontologisme). Il s'agit de donner un poids moral important aux droits, lesquels s'entendent comme la seule manière de promouvoir un bien spécifique : la dignité des personnes²²⁶⁶. Cela revient à exclure des solutions envisageables celles qui sont contraires aux droits et à la dignité, tout en admettant qu'à partir d'un certain seuil, certains droits puissent ne plus être respectés. Par exemple, la torture ne doit pas être une option ouverte à moins de dé-

²²⁶⁰ J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014, p. 72s.

²²⁶¹ *Ibid.*, p. 72s.

²²⁶² Ce fut notamment l'objection formulée par RAWLS, et qui marqua profondément le débat. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, HUP, 1971 ; v. ég. M. CANTO-SPERBER, in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, v. « Utilitarisme », p. 1563, spéc. p.1569 et R. OGIEN et C. TAPPOLET, *Les concepts de l'éthique. Faut-il être conséquentialiste ?*, Hermann, 2009, p. 161s.

²²⁶³ M. CANTO-SPERBER, *op. cit.*, v. « Utilitarisme », p. 1563, spéc. p.1569.

²²⁶⁴ R. OGIEN et C. TAPPOLET, *op. cit.*

²²⁶⁵ *Ibid.*, p. 163.

²²⁶⁶ V. en ce sens, P. PETTIT, « The Consequentialist can Recognize Rights », *The Philosophical Quarterly*, 1988, vol. 38, p. 42.

truire ce qu'est la dignité des personnes²²⁶⁷. Toutefois, à partir d'un certain seuil, on pourrait admettre que certains droits peuvent ne plus être respectés²²⁶⁸. Dans un troisième temps, le conséquentialisme utilitariste doit s'ouvrir à la pluralité de valeurs en admettant qu'il existe une pluralité de biens incommensurables.

« Quand il délibère, l'agent doit [donc] tenter d'intégrer les diverses dimensions d'évaluation pour aboutir à un jugement pratique, sans avoir à l'avance des règles de priorité permettant de régler les conflits entre des biens différents »²²⁶⁹.

Enfin, le conséquentialisme utilitariste ne doit pas faire de la maximisation du bien la seule solution envisageable. Tout en admettant que celle-ci est un *idéal*, l'agent doit cependant pouvoir se contenter de faire le moins de mal possible.

511. Somme toute, le conséquentialisme « raisonnable » imposerait au juge d'opter pour la solution qui ne génère pas de conséquences *manifestement déséquilibrées* eu égard au bien-être de chacune des parties (en ayant égard à leurs subjectivités) et au respect de leurs droits respectifs. Ces deux éléments seront entendus à la lumière d'une conception volontariste de la dignité et de l'autodétermination de la personne. Quant aux convictions religieuses, celles-ci seront donc envisagées dans le raisonnement aussi bien comme l'expression d'un droit (la liberté de religion) que comme élément du bien-être de la personne (puisqu'elles émanent de sa liberté de choix).

512. Le choix d'une décision raisonnable. À cet égard, le conséquentialisme propose une grille de lecture méthodologique qui encadre le raisonnement tout en lui conférant une dose de flexibilité. Celui-ci substitue en effet à la rationalité rigide du droit la recherche d'un jugement raisonnable.

« Alors que les juges ont classiquement rendu des décisions prônant l'apparence de rationalité juridique, la tendance actuelle semble intégrer davantage les possibilités offertes par le jugement raisonnable »²²⁷⁰.

Comme l'indique en ce sens Chaïm PERELMAN, « nous admettons parfaitement que deux hommes raisonnables et honnêtes puissent ne pas être d'accords sur une question déterminée et juger différemment »²²⁷¹. Le raisonnable est « un art » et une méthode²²⁷². Sa recherche repose sur deux considérations : l'intérêt de la société et les circonstances particulières de la cause. Cela revient pour le juge à se demander « à la fois ce qu'il est bon d'exiger pour la société et ce qu'il est

²²⁶⁷ R. OGIEN et C. TAPPOLET, *op. cit.*, p. 166.

²²⁶⁸ C'est par exemple le cas de la liberté de circulation des détenus.

²²⁶⁹ R. OGIEN et C. TAPPOLET, *op. cit.*, p. 167.

²²⁷⁰ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 466, n° 576.

²²⁷¹ C. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 454.

²²⁷² C. BAHUREL, « Le standard du raisonnable », *Revue de Droit d'Assas*, 2014, p. 60.

possible d'exiger concrètement »²²⁷³. La conception rationnelle de l'interprétation juridique se fonde alors sur la reconnaissance de la normativité de l'argumentation juridique. Dans des domaines régis par des textes d'une relative indétermination où, à l'instar des dispositions protégeant les droits et libertés fondamentaux, les énoncés sont sujets à interprétation, c'est dans l'argumentation que se loge alors la justification du caractère raisonnable de l'interprétation proposée²²⁷⁴. Telle est, semble-t-il, la particularité du contrôle de proportionnalité dès lors qu'on lui associe systématiquement une certaine « manière de motiver »²²⁷⁵. Dans ce contexte, il n'y a pas de décision « bonne », ou « mauvaise ». Les conséquences bénéfiques ou préjudiciables d'une solution, soumises à l'appréciation souveraine du juge, ne seront jamais intrinsèquement vraies ou fausses. Avec la pesée des intérêts, « ne figure plus au centre de l'acte de juger la nécessité de fournir une interprétation correcte de la règle qui préexiste à la décision de justice : ce centre s'est déplacé, il est à présent dans le souci d'apprécier de la façon la plus complète possible l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'application a lieu, et d'en tirer les effets que ces circonstances réclament »²²⁷⁶. Lorsque la comparaison des conséquences de chaque solution possible requiert un jugement en termes de valeurs pour trancher, l'autorité normative de la décision s'inscrit dans la justification du choix opéré. Comme l'a remarqué Sylvie SALLES, le silence offre une grille de lecture indiquant que le juge a cédé à des valeurs autres que les seules valeurs conséquentialistes (le juste, le raisonnable, l'équilibre)²²⁷⁷. La motivation permet de pallier ce silence, et agit en garde-fou de l'expression par le juge de ses valeurs personnelles. Il ne s'agit évidemment pas de le rendre « bavard sur ses tourments intimes »²²⁷⁸, mais plutôt de promouvoir « un modèle plus explicatif et plus démocratique »²²⁷⁹.

513. Un enjeu de taille : le contrôle par la Cour EDH du contrôle effectué par les juridictions nationales. Comme l'a souligné Hugues FULCHIRON, l'un des principaux enjeux de l'utilisation du contrôle de proportionnalité par les juges nationaux concerne la Cour de Strasbourg. En effet, si les juges nationaux se font les premiers gardiens des droits et libertés garantis par la Convention EDH, encore faut-il que la Cour EDH « prenne en compte cette nouvelle

²²⁷³ *Idem*.

²²⁷⁴ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2011, p. 331s.

²²⁷⁵ N. FRICERO, « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation. Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 30.

²²⁷⁶ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 12.

²²⁷⁷ S. SALLES, *op. cit.*, p. 459, n° 569.

²²⁷⁸ D. DE BÉCHILLON, « Observations sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 2016, n° 1-2 (supplément), p. 35.

²²⁷⁹ C. CHAINAIS, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation "à la française" », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 2016, n° 1-2 (supplément), p. 42.

donne et adapte son propre contrôle à celui qui aura été effectué par les juges nationaux »²²⁸⁰. L'enjeu est de taille : à défaut de dialogue constructif entre les juges, il se peut que l'arbitrage effectué par la Cour européenne s'oppose à celui pour lequel les juges nationaux ont opté. Ce risque de blocage emporte avec lui un risque plus grand encore : celui de l'effondrement de l'ensemble du système. Il y a fort à parier en effet que des juridictions nationales s'étant ouvertes de façon significative aux méthodes européennes ne tolèrent pas que leur arbitrage soit remis en cause. On y verrait certainement une atteinte insupportable au principe de subsidiarité par une Cour européenne aveugle aux efforts des juges nationaux pour se conformer à ses exigences. C'est pourquoi le contrôle de la Cour EDH sur le contrôle effectué par les juges nationaux doit se limiter à vérifier que le contrôle de proportionnalité a bien eu lieu et que ses résultats sont « raisonnables »²²⁸¹. Une nouvelle fois, tout est question de dialogue et de proportion...

514. Transition. L'utilisation des outils de la philosophie morale, et notamment du conséquentialisme, place donc la recherche du bien-être (au sens des droits fondamentaux) et le respect des valeurs démocratiques au cœur de l'analyse. En ce sens, elle fait écho à une notion particulière : l'ordre public, dont la raison d'être réside dans la recherche d'une harmonie sociale construite sur une certaine idée de l'Homme et « du bien-être en société »²²⁸². En matière religieuse, cet ordre public constitue, après la proportionnalité, un instrument d'appréhension des convictions religieuses, qui offre les outils de leur articulation avec l'ordre juridique étatique (**Section 2**).

*

*

*

²²⁸⁰ H. FULCHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 243 (voir p. 252s.).

²²⁸¹ *Ibid.* V. ég. B. BARET, *Vers un ordre public familial européen ?*, [th. Lyon 3 : en cours de préparation].

²²⁸² M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 453s.

SECTION 2 – L’ORDRE PUBLIC, INSTRUMENT D’ARTICULATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES AVEC L’ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

« La dialectique de l’ordre public et des libertés traverse la pensée juridique depuis le XVIII^e siècle »²²⁸³.

515. Ordre public, ordres publics. Transversale, la notion d’ordre public est toujours demeurée floue. Tandis qu’en 1953, Philippe MALAURIE en comptait déjà vingt-deux définitions (auxquelles il ajoutait la sienne)²²⁸⁴, cinquante ans plus tard, Didier BODEN en décomptait pas moins de cent-quatre²²⁸⁵. L’ordre public se manifeste aussi bien en droit civil, qu’en droit pénal, en droit administratif ou en droit international (public et privé). La notion est si hétéroclite qu’elle amène à se demander si, « au-delà de la diversité de ses sources et de ses manifestations, ne devrait-on pas parler des “ordres publics”, et non de l’ordre public ? »²²⁸⁶. Tout en prenant soin de souligner cette complexité, notre étude n’ira pas jusqu’à déployer une pluralité de définitions de la notion d’ordre public. Toutefois, l’observation de l’appréhension des convictions religieuses par les juges judiciaires ne peut se passer de quelques développements sur l’usage qui en est fait par les tribunaux. En effet, de nombreux phénomènes contribuent, depuis le début des années 2000, à mettre l’ordre public sous le feu des projecteurs lorsqu’il est question du religieux. En droit administratif, l’ordre public est sorti de son lit en se déployant selon une dimension axiologique qui ne s’entend pas comme le classique ordre public matériel, caractérisé par le triptyque sécurité-salubrité-tranquillité, mais qui s’est « républicanisé ». On prête ainsi à ce nouvel « ordre public immatériel »²²⁸⁷ une dimension axiologique destinée à préserver « cette belle idée du “vivre ensemble” »²²⁸⁸.

En droit privé, la notion d’ordre public a toujours été porteuse de valeurs. Norme « impérative », norme « directive », l’ordre public constitue un « intérêt supérieur hors d’atteinte des volontés particulières contraires » ; il véhicule des « valeurs fondamentales » qu’il protège « contre les abus de la liberté »²²⁸⁹. En ce sens, l’ordre public se fait le révélateur, dans le droit, des valeurs dominantes de l’organisation sociale²²⁹⁰. Partant de là, la notion se décompose en deux volets :

²²⁸³ P. GERVIER, « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l’ordre public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/4, n° 45, p. 105.

²²⁸⁴ P. MALAURIE, *L’ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, 1953, p. 69, n° 99.

²²⁸⁵ D. BODEN, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, [th. Paris 1 : 2002].

²²⁸⁶ J.-C. MARIN, « Propos introductifs », in *L’ordre public : regards croisés du Conseil d’État et de la Cour de cassation*, 24 févr. 2017, en ligne sur le site internet de la Cour de cassation et sur celui du Conseil d’État.

²²⁸⁷ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L’ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018.

²²⁸⁸ J.-C. MARIN, *op. cit.*

²²⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016, v. *Ordre public*.

²²⁹⁰ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L’ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 345s.

l'ordre public français est tantôt procédural²²⁹¹, tantôt substantiel. Les développements subséquents se concentreront autour de ce dernier.

516. L'ordre public comme interface des rapports internormatifs. En dépit de ses innombrables facettes et définitions, l'ordre public possède une particularité qui transcende sa pluralité : il intervient dans le cadre de rapports internormatifs pour coordonner soit des ordres juridiques étatiques, soit des « velléités normatives de la volonté privée et l'ordre juridique étatique au sein duquel des effets de droit sont recherchés »²²⁹². Autrement dit, l'ordre public s'emploie aussi bien dans les rapports entre les ordres juridiques dans leur forme la plus classique, que dans les rapports entre un ordre juridique et une source de normativité privée.

En ce qui concerne le domaine religieux, une remarque préliminaire s'impose. Dès lors que l'on a exclu la religion – en tant qu'ordre juridique « authentique » de par son institutionnalisation²²⁹³ – de l'ordre juridique étatique français, celle-ci n'aura pas à jouer comme telle en matière d'ordre public français. Ce n'est que lorsqu'elle s'intègre dans un ordre juridique étatique, comme dans les États religieux, qu'il sera possible de faire appel à l'ordre public français (au sens du droit international privé) pour en régir l'appréhension. Cependant, dans cette hypothèse, l'ordre public est généralement invoqué pour rejeter l'application de la norme étrangère : il n'est pas employé pour faire appliquer une norme religieuse sur le territoire français mais pour assurer le respect des valeurs fondamentales du for. Dans les cas où l'ordre public est employé pour faire appliquer une norme religieuse sur le territoire français, c'est parce que cette norme a créé des effets sur la liberté individuelle d'un demandeur ; c'est-à-dire uniquement dans l'hypothèse de *litiges individualisés*. Le rôle de l'ordre public, comme interface des rapports normatifs, sera donc concentré, dans cette étude, autour de l'individu et de la protection de sa liberté *individuelle* de religion.

517. L'application de la notion d'ordre public, une question de méthode. Pour se livrer à cette articulation entre les ordres juridiques, deux méthodes d'interprétation de l'ordre public peuvent être suivies par les juges selon que celui-ci prend la forme d'une norme impérative ou d'un standard. La distinction de cette dualité de l'ordre public, et les mécanismes de raisonnement différenciés qui en découlent, est empruntée à Adeline JEAUNEAU qui, dans sa thèse, s'est appliquée à la théoriser²²⁹⁴. L'auteure a en effet remarqué que les mécanismes d'ordre public pouvaient

²²⁹¹ Sur l'ordre public procédural, v. *Rapport annuel : L'ordre public*, Cour de cassation, 2013, p. 201s., en ligne : <https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/>

²²⁹² A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union Européenne : essai de systématisation*, [th. Paris I : 2015], p. 91, n° 84.

²²⁹³ Sur la religion comme ordre juridique, v. *supra* n° 31s.

²²⁹⁴ A. JEAUNEAU, *op. cit.*

se distinguer selon qu'ils appellent de la part du destinataire institutionnel de la règle qui en est le support un raisonnement abductif ou déductif, c'est-à-dire, conformément à « une terminologie plus usuelle mais qui n'épuise pas totalement la réalité décrite, selon que le mécanisme est axé sur un "standard" ou une règle préformée »²²⁹⁵. Parfois en effet, l'agencement de valeurs protégées par l'ordre public, dont le mécanisme se fait le véhicule, est déterminée *a priori* ; dans cette hypothèse, l'interprétation juridictionnelle de l'ordre public suivra une logique déductive. Inversement, lorsque c'est au juge de mettre en œuvre, *in concreto*, cet agencement de valeurs, l'interprétation juridictionnelle suivra une logique abductive pouvant servir à la réalisation d'un objectif sociétal. L'une et l'autre de ces méthodes imbibent le raisonnement juridique, se traduisant tantôt par une articulation prédéterminée des convictions religieuses avec l'ordre juridique étatique (I), tantôt par une articulation évolutive (II), génératrice d'instabilité.

I. UNE ARTICULATION PREDETERMINEE : LA NECESSITE DE L'UTILISATION DE L'ORDRE PUBLIC

518. Dans une dimension fonctionnelle, l'ordre public est classiquement présenté comme un instrument de protection tant du sujet de droit que de la société. Dans le premier cas, il se fait protecteur des libertés individuelles ; dans le second, il en justifie les limitations. Les développements subséquents respecteront la tradition : l'ordre public s'est imposé comme une notion clef de la prise en compte des convictions religieuses, en ce qu'il permet à l'ordre juridique étatique d'en assurer la protection (A), mais aussi lorsqu'il devient un outil de régulation de leur expression (B).

A. Les convictions religieuses, intérêts protégés par l'ordre public

519. Parce que l'ordre public s'envisage comme un élément protecteur de l'exercice effectif des libertés (1), et porteur de celles-ci (2), il doit être envisagé par le juge comme une notion destinée, non pas seulement à restreindre la liberté de religion, mais en premier lieu à la valoriser, la promouvoir et la protéger. Il s'analyse alors comme un pur outil de protection des convictions religieuses et de leur expression, au nom de la liberté de religion.

²²⁹⁵ *Ibid.*, p. 311s.

1. L'ordre public protecteur de l'exercice effectif des libertés

« L'ordre public, au sens le plus étroit du mot, doit toujours être sauvegardé ; c'est la vie même de la collectivité qui en dépend. Toutes les libertés publiques sont plus ou moins rapidement compromises si l'ordre ne règne pas [...] »²²⁹⁶.

520. L'ordre public matériel. D'un point de vue matériel, l'ordre public s'entend de celui qui garantit « le bon ordre » et qui évite « le désordre » afin que l'exercice des libertés ne soit paralysé ni par le fait de la nature, ni par le fait d'autrui. Ainsi entendu, il renvoie aux conditions matérielles de la vie en société. En effet, « une situation de profond désordre suscite dans l'esprit des titulaires des libertés une crainte de nature à dissuader de les exercer »²²⁹⁷ : cette crainte peut aussi bien provenir d'un risque d'effondrement que de l'apparition de pouvoirs de fait établissant « la loi du plus fort ». Traditionnellement exprimé au travers des pouvoirs de police du maire, l'ordre public matériel recouvre le triptyque tranquillité, sécurité, salubrité²²⁹⁸. Au quotidien, la sécurisation de la liberté de religion est particulièrement visible en raison de la protection militaire (ou des forces de polices et de gendarmerie) des sites chrétiens, musulmans et juifs²²⁹⁹. Néanmoins, l'autorité judiciaire participe à sa préservation, et notamment en matière de sécurité publique, par le biais de la répression pénale²³⁰⁰. À cet égard, l'ordre public devient un outil du raisonnement judiciaire permettant d'assurer une fonction protectrice des droits et libertés de la personne.

Celle-ci se manifeste notamment dans le cadre de la production de la sécurité publique, qui constitue légalement « l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives »²³⁰¹. C'est en effet uniquement s'il se sent en sécurité à exercer une liberté que l'individu pourra justement l'exercer librement. À cet égard, la loi de 1905 a créé un délit d'atteinte à la liberté de conscience punissant ceux qui, par voie de fait ou violence ou menace contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi, soit en exposant un dommage à sa personne, sa famille ou sa fortune, l'aurait déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte (article 31)²³⁰². C'est en application de cette disposition que le tribunal correctionnel de Bar-le-Duc a

²²⁹⁶ M. ODENT, *S.*, 1944, p. 162.

²²⁹⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 194.

²²⁹⁸ Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

²²⁹⁹ Selon un rapport parlementaire de juillet 2016, 26% des sites surveillés sont des sites religieux (3 068 sites sur 11 719) ; parmi eux, on compte 1227 sites chrétiens, 1047 sites musulmans et 794 « sites juifs ». Cf. G. FENECH, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en oeuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, Assemblée nationale, 5 juil. 2016.

²³⁰⁰ F. LAMY, « La production de la sécurité publique », *Arch. ph. dr.*, 2015, n° 58, p. 17, spéc. p. 18.

²³⁰¹ Art. L111-1 du Code de la sécurité intérieure.

²³⁰² Attention cependant, aux termes du 1^{er} de l'article 1^{er} du décret n° 93-726 du 29 mars 1993 portant réforme du code pénal, ont été abrogées les dispositions des textes législatifs antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution et

par exemple jugé, le 2 juin 1982, qu'encourent une peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe et d'un emprisonnement de six jours à deux mois « ceux qui perturbent le déroulement normal d'un office religieux lors même que cette perturbation n'affecterait que l'assemblée des fidèles et non l'officiant proprement dit ». En l'espèce, les prévenus, en choquant « de nombreux croyants par leur comportement provocant », les avaient « empêchés de suivre la messe de minuit avec le recueillement qui s'imposait en une telle circonstance » et s'étaient donc rendus coupables de l'infraction prévue par l'article susvisé²³⁰³. Dans une autre affaire plus récente, le TGI de Nanterre jugeait que l'administration fiscale ne s'était pas rendue coupable d'agissements contraires à l'article 31 de la loi de 1905 à l'égard de l'Association Les Témoins de Jéhovah qui lui reprochaient une taxation confiscatoire, ayant pour effet de lui interdire la pratique d'un culte²³⁰⁴. Le droit pénal peut donc venir en renfort de l'affirmation de la liberté de conscience et de la liberté de culte, pour empêcher quiconque d'entraver l'exercice de cette liberté en toute sécurité.

En droit européen des droits de l'homme, cette fonction protectrice se retrouve également. Les obligations pesant sur les États au titre de l'article 9 de la Convention font en effet de ces derniers les organisateurs neutres et impartiaux de l'exercice des divers cultes, religions et croyances. Ce rôle, qui intervient dans le cadre de la protection de la liberté de religion, contribue, selon la Cour, « à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique »²³⁰⁵. Dans ce cadre, il peut d'ailleurs arriver que la protection de l'article 9 soit refusée à quiconque troublerait l'ordre public en perturbant l'exercice par d'autres individus de leur liberté de religion, y compris au sein des lieux religieux et à l'occasion de fêtes religieuses²³⁰⁶. La protection de la sécurité ne peut néanmoins, à elle seule, justifier des restrictions à l'exercice d'une personne ou d'un groupe de manifester leur religion²³⁰⁷.

521. De la sécurité publique aux dérives sécuritaires, les dangers d'un glissement. Dans la pensée libérale, la protection de la sécurité publique (et de l'ordre public) ne peut être invoquée qu'en cas de danger imminent. Cependant, on assiste progressivement à un glissement vers une protection préventive de la sécurité publique et un paradigme sécuritaire généralisé. Vécus

des règlements qui édictaient des peines d'emprisonnement pour des contraventions. L'article 31 de la loi de 1905 ne donne désormais plus lieu qu'à une contravention de 5^e classe.

²³⁰³ Trib. corr. Bar-le-Duc, 2 juin 1982, *Jurisdata* n° 1982-600948.

²³⁰⁴ TGI Nanterre, 4 juillet 2000, n° 99/14939.

²³⁰⁵ Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03, § 120 ; Cour EDH [G.C.], *S.A.S. c. France*, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 127.

²³⁰⁶ Cour EDH [déc.], *Bulgaru c. Roumanie*, 15 mai 2012, req. n° 22707/05, § 51s. La requérante avait été sanctionnée pour avoir troublé l'ordre public au cours d'une cérémonie religieuse (elle avait notamment exprimé à haute voix des critiques à l'égard des hiérarques de l'Église pendant les prières se déroulant durant d'importantes fêtes religieuses).

²³⁰⁷ Celle-ci ne constitue pas un but légitime invocable par les États au titre du § 2 de l'article 9 de la Convention EDH.

comme un choc, puis comme un risque quotidien, les attentats terroristes se sont fait les catalyseurs d'une politique « illibérale » décomplexée, au nom de la sécurité et de l'ordre public²³⁰⁸.

« Dans ce contexte, le contrôle de constitutionnalité des lois en matière de défense nationale est pris en otage par le législateur sous le regard approbateur d'une opinion publique à la recherche d'un prétendu droit fondamental à la sécurité ce qui explique sans doute que peu de personnes ne s'en émeuvent »²³⁰⁹.

Dès les années quatre-vingt dix, certains juristes américains avaient déjà remarqué ce tournant notable dans le droit, à l'aune d'une demande accrue de protection²³¹⁰. Le terrorisme mondialisé a bouleversé les rapports entretenus avec les mécanismes défensifs : on ne sauvegarde plus seulement la sécurité dans une logique territorialisée mais on l'envisage de plus en plus de façon individualisée. Le terroriste n'est pas un pays, mais une personne. L'enjeu sécuritaire devient un enjeu de contrôle et de surveillance au cœur d'une herméneutique de la suspicion²³¹¹ : « On contrôle ces gens comme on contrôle une frontière »²³¹². De plus en plus formés aux questions de radicalisation et de menace terroriste, certains juges judiciaires ont à traiter directement avec la préservation de la sécurité ; c'est particulièrement le cas des juridictions pénales²³¹³. Nonobstant le contentieux pénal, le climat sécuritaire est moins prégnant quoique tout de même présent devant les juges judiciaires. Or, la logique sécuritaire est susceptible d'impacter fortement le processus décisionnel. Déjà en 2008, Antoine GARAPON insistait sur le fait que « le plus souvent le juge se gardera bien de prendre un risque quelconque à l'égard d'un suspect ; il sait ce qui l'attend si celui qu'il a relâché commettait un attentat meurtrier (lynchage médiatique, lâchage par les autorités aussi bien judiciaires que politiques, ruine de la carrière, etc.) »²³¹⁴. Certains magistrats du parquet témoignent de cette forme de pression qu'ils subissent en particulier dans les périodes faisant suite à des attentats terroristes et durant lesquelles les signalements pour radicalisation et préparation d'actes terroristes explosent²³¹⁵. « Il y a fort à parier, ajoute Antoine GARAPON, que ce contrôle par les juges s'avérera donc la plupart du temps formel, d'autant que l'examen de la propor-

²³⁰⁸ V. M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, p. 30.

²³⁰⁹ K. ROUDIER, « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/2, n° 51, p. 37.

²³¹⁰ V. E. P. RICHARDS, « The jurisprudence of prevention: the right of societal self-defence », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1989 (16), p. 16.

²³¹¹ Selon l'expression d' H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2018, vol. 389, v. n° 89, p. 114.

²³¹² A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, 2008/3-4, p. 139.

²³¹³ Par exemple, les actes de terrorisme définis aux articles 421-1 et 421-2 du Code pénal constituent des infractions « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » (nous soulignons).

²³¹⁴ A. GARAPON, *op. cit.*

²³¹⁵ Sur ce point, v. notamment les propos d'un Procureur, expliquant qu'il existe une forme de pression envers les magistrats du parquet qui ne prennent pas le risque de ne pas enquêter suite à des signalements pour radicalisation (cf. les propos recueillis par P. GAUDIN et C. DELMAS, in M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019).

tionnalité est particulièrement délicat car il faut mettre en rapport une mesure concrète avec un risque abstrait et hypothétique »²³¹⁶. Cette recombinaison du schème de valeurs, venant élever la sécurité à un rang similaire à la liberté, contribue au basculement pragmatique de la hiérarchie de valeurs opérée par l'ordre public, en ne faisant plus de la sécurité une garantie de la liberté mais de la liberté une entrave à la sécurité. Il est donc nécessaire que le raisonnement en termes d'ordre public puisse se prémunir contre une telle dérive sécuritaire, contre la transformation de la sécurité en « première des libertés »²³¹⁷. La compréhension de l'ordre public comme protecteur des libertés ne saurait se passer d'une compréhension de l'ordre public comme porteur des libertés (2).

2. L'ordre public porteur des libertés

522. Un ordre public immatériel. D'un point de vue immatériel, l'ordre public est porteur de valeurs : les valeurs de la société qu'il a vocation à ordonner. En droit privé français, l'ordre public regroupe, pour l'essentiel, la moralité publique et le respect de la dignité de la personne humaine, les « colonnes de la cité » que sont « l'État, la famille, l'individu »²³¹⁸, mais aussi un « socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société » dont le respect conditionne l'exercice d'autres libertés et la sauvegarde de la paix sociale²³¹⁹. En ce sens, l'ordre public désigne – en droit des contrats notamment – les limites apportées à la liberté contractuelle. Selon certains auteurs, il se distinguerait donc des droits et libertés fondamentaux. Ces derniers peuvent l'intégrer, mais « alors que toute atteinte à l'ordre public est automatiquement prohibée, l'atteinte aux droits fondamentaux n'est prohibée que s'il n'existe pas un intérêt légitime et si l'atteinte est disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi »²³²⁰.

523. Néanmoins, les droits et libertés fondamentaux comptent aussi parmi les « valeurs essentielles » portées par l'ordre public. D'aucunes les décrivent même comme l'« avatar contemporain de l'ordre public »²³²¹. En ce sens, l'ordre public sert notamment à véhiculer les valeurs représen-

²³¹⁶ A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, 2008/3-4, p. 139.

²³¹⁷ Selon l'expression d'Alain PEYREFITTE, reprise par Jean-Pierre CHEVÈNEMENT, Christian ESTROSI, Nicolas SARKOZY, Manuel VALLS, Gérard COLLOMB ou encore Emmanuel MACRON ; voir A.-L. MADURAUD, « “La sécurité est la première des libertés” : pour en finir avec une antienne réactionnaire », *Délibérée*, févr. 2018, n° 3, p. 86.

²³¹⁸ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22 éd., PUF, 2000, p. 146s., n° 70s.

²³¹⁹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 67, n° 127.

²³²⁰ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 2015, p. 816.

²³²¹ H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 203, n° 193.

tées par les droits fondamentaux au travers de leur protection²³²². Celles-ci sont regroupées par la Cour de cassation au sein des « principes essentiels du droit français »²³²³, qui se composent d'un « noyau dur de l'ordre public international » et de « valeurs plus contingentes exprimées dans les politiques juridiques impératives du for »²³²⁴. Le premier s'entend comme « le réceptacle des fondements de la civilisation française », au rang desquels on trouve les droits protégeant la dignité, la liberté humaine et l'intégrité physique des personnes, mais aussi l'interdiction des discriminations fondées sur la race, la religion et le sexe, ainsi que le principe de laïcité²³²⁵. Pour Petra HAMMJE, une première approche des principes essentiels du droit français consiste à considérer qu'ils ne sont autres « que les principes dotés d'une nature fondamentale, au regard de leur source »²³²⁶ (interne ou internationale). En ce sens, l'ordre public s'envisage notamment comme une garantie supérieure des droits et libertés qu'il recouvre et qu'il porte tant que ces derniers s'envisagent comme des « principes essentiels du droit français »²³²⁷. En termes de source, le système même de la Convention EDH par exemple a pour finalité de trancher des questions « qui relèvent de l'ordre public », notamment « en élevant les normes de protection des droits de l'homme »²³²⁸.

La liberté est donc d'ordre public, et finalement, cela paraît évident²³²⁹. Ce rattachement est d'ailleurs affirmé par certaines juridictions sans davantage de justifications. Tantôt, à l'instar de la Cour d'appel de Rennes, on précisera ainsi que les dispositions « destinées à protéger les droits fondamentaux [...] et les libertés individuelles sont d'ordre public »²³³⁰, tantôt on indiquera

²³²² V. sur ce point, P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, vol. 318, p. 172s., n° 133s. L'ordre public au sens du droit international privé est conçu de façon plus restrictive que l'ordre public interne : une loi étrangère contraire à ce dernier peut ne pas être contraire à l'ordre public international du for (H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, vol. 312, p. 271, n° 277). L'ordre public international renvoie au cœur de l'impérativité interne (L. PERREAU-SAUSSINE, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en oeuvre », in *De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans*, Colloque Roubaix, 28 nov. 2017, *JCP N*, 2018, n° 29, p. 1248 et les références citées). Partant, le fait que l'ordre public international recouvre les droits et libertés fondamentaux place ces derniers à un rang essentiel dans l'ordre juridique du for et en fait un élément substantiel de l'ordre public.

²³²³ V. F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Les principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges en l'honneur de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012.

²³²⁴ M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6 éd., LGDJ, 2017, p. 286, n° 383.

²³²⁵ *ibidem*.

²³²⁶ P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747.

²³²⁷ L'auteure insiste néanmoins sur le fait que cette conception de l'ordre public limitée aux seuls droits fondamentaux est trop restrictive.

²³²⁸ Cour EDH [G.C.], *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, req. n° 30078/06, § 89.

²³²⁹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes moeurs », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016, n° 88. Pour des développements sur le rattachement des droits fondamentaux à l'ordre public, v. J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, [th. 2001], n° 112s.

²³³⁰ CA Rennes, 18 sept. 1987, *D.* 1988 p. 440, note J.-F. RENUCCI.

que « les droits de la personnalité comme les libertés civiles sont d'ordre public »²³³¹. Cela étant, la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, s'entend, elle aussi, comme une composante de l'ordre public.

524. La liberté de pensée, de conscience et de religion, composante de l'ordre public.

Considérant que l'ordre public sert notamment à la défense des droits fondamentaux, il ne fait pas de doute que la liberté de pensée, de conscience et de religion – garantie à l'international par la Convention EDH – bénéficie de sa protection. Dans cette perspective, c'est aussi la protection des convictions religieuses qui est assurée par l'ordre public.

Cette protection est particulièrement décelable dans le contentieux successoral. Ainsi, le Tribunal civil de la Seine jugeait-il le 22 janvier 1947 qu'une clause testamentaire limitant l'ouverture des droits de succession d'une grand-mère à sa petite fille à la condition que cette dernière n'épouse pas un juif devait être réputée non-écrite ; la clause envisagée violait l'ordre public et était « contraire à l'esprit de notre droit actuel qui [était] basé sur l'égalité de tous, sans aucune discrimination »²³³². De même, la Cour de cassation a refusé qu'une héritière perde ses droits dans une succession parce qu'elle avait abandonné sa religion d'origine ou parce qu'elle avait adopté une religion distincte de celle du *de cuius*²³³³. Cette solution fut réaffirmée dans un arrêt du 21 novembre 2012. En l'espèce, la liquidation d'un testament était soumise à la condition que la femme et les enfants du successeur fussent convertis à la religion juive. L'arrêt d'appel fut cassé pour méconnaissance de l'article 455 du Code de procédure civile. La Cour d'appel y avait rejeté la demande en nullité du testament sans rechercher si la clause portait préjudice à l'ordre public interne, notamment, précise la Cour de cassation, au regard des articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme²³³⁴. Parce qu'elles constituent un intérêt protégé par la liberté de religion, les convictions religieuses s'entendent donc aussi comme un intérêt protégé et porté par l'ordre public. Mais à cette première facette de la notion s'associe une autre version de l'ordre public, celle qui en fait un outil du raisonnement pouvant être invoqué au soutien d'une limitation de l'expression des convictions religieuses (B).

²³³¹ T.I. Périgueux, 12 oct. 1990, *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine*, 1/91 p. 116 note V.-L. TEYRNEYRE.

²³³² Trib. civ. Seine, 22 janv. 1947, *D.1947.126*.

²³³³ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1964, *JCP G*, 1965.II.13978, note LINDON : « une incapacité successorale fondée sur la non appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience ».

²³³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2012, n° 10-17365 et 10-30845.

B. Les convictions religieuses, intérêts limités par l'ordre public

« La liberté n'est pas la faculté de faire tout ce qu'on veut, et elle n'est pas incompatible avec certaines limites, qui permettent au contraire de l'instituer et de la garantir »²³³⁵.

525. La relation entre les libertés et l'ordre public implique que ce dernier restreigne les libertés seulement lorsque leur protection l'oblige. Ainsi objecté, l'ordre public s'entend comme un instrument de la coexistence des libertés. De manière générale, mais spécifiquement en matière religieuse où le discours sur la tolérance trouve un certain écho, l'ordre public peut s'envisager comme un outil de limitation de la tolérance (1). Il constitue plus spécifiquement un argument régulièrement employé pour justifier des limites objectées à l'expression des convictions religieuses (2).

1. L'ordre public comme limite à la tolérance

« it is essential for the concept of toleration that the tolerated beliefs or practices are considered to be objectionable and in an important sense wrong or bad »²³³⁶.

526. Prolegomènes sur la tolérance. La tolérance peut se comprendre comme désignant notamment la « disposition à ne pas empêcher, alors qu'on le pourrait, l'exercice par autrui d'une activité que l'on n'approuve pas, voire la disposition à apporter à cette personne une contribution positive à l'exercice de cette activité, alors qu'on pourrait s'en dispenser »²³³⁷. Elle constitue, un idéal de la démocratie libérale et, dans une société démocratique, le pendant de l'exercice par l'autre de ce que l'on pourrait appeler sa « liberté d'offenser ». La tolérance est une valeur libérale qui tend à « protéger la liberté d'agir et de penser d'une façon qui déplaît au groupe »²³³⁸. Tolérance et liberté d'offenser constituent donc les deux revers d'une même médaille inhérente aux sociétés démocratiques.

²³³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 216.

²³³⁶ R. FORST, « Toleration », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sous la dir. de E. ZALTA, 2017, en ligne : <<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/toleration/>>>.

²³³⁷ D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, n° 49, p. 275 (voir p. 302).

²³³⁸ H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 238, n° 231.

La tolérance fait l'objet d'une littérature colossale²³³⁹. Elle est aussi au cœur d'une déclaration de principes élaborée par l'UNESCO à la fin du XX^e siècle²³⁴⁰. La rédaction de cette déclaration repose sur la volonté de ses États Membres²³⁴¹ de promouvoir la tolérance comme « condition nécessaire à la paix et au progrès économique et social de tous les peuples ». Son article premier, dédié à la signification de la « tolérance » consacre ainsi en son alinéa 4 des principes relatifs à la « pratique de la tolérance » :

« Conformément au respect des droits de l'homme, pratiquer la tolérance ce n'est ni tolérer l'injustice sociale, ni renoncer à ses propres convictions, ni faire de concessions à cet égard. La pratique de la tolérance signifie que chacun a le libre choix de ses convictions et accepte que l'autre jouisse de la même liberté. Elle signifie l'acceptation du fait que les êtres humains, qui se caractérisent naturellement par la diversité de leur aspect physique, de leur situation, de leur mode d'expression, de leurs comportements et de leurs valeurs, ont le droit de vivre en paix et d'être tels qu'ils sont. Elle signifie également que nul ne doit imposer ses opinions à autrui ».

Toutefois, le concept de « tolérance » bénéficie d'une réception doctrinale en demi-teinte. En philosophie, on lui reproche notamment de rendre moralement bon le fait d'accepter ce que l'on croit être moralement mauvais (l'aporie de la tolérance) ou encore d'être la source de sa propre disparition (le paradoxe de la tolérance). Le paradoxe de la tolérance, formulé par Karl POPPER, constitue le principal chef de critique de la notion ; il se résume ainsi :

« une tolérance illimitée a pour conséquence fatale la disparition de la tolérance. Si l'on est d'une tolérance absolue, même envers les intolérants, et qu'on ne défende pas la tolérance contre leurs assauts, les tolérants seront anéantis, et avec eux la tolérance »²³⁴².

²³³⁹ À titre évidemment non exhaustif, v. J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, Flammarion, 2007 ; M. WALZER, *On Toleration*, Yale University Press, 1997 ; R. FORST, « Toleration », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sous la dir. de E. ZALTA, 2017, en ligne : <<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/toleration/>>> ; M. CANTO-SPERBER, « Les limites de la tolérance », in *Jusqu'où tolérer ?*, sous la dir. de R.-P. DROIT, Le monde Éd., 1996, p. 131 ; M. DE SALVIA, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 591 ; P. SOLER-COUTEAUX, « La déclinaison juridique de la tolérance », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 1421, Vol. II ; G. KOUBI, « La laïcité sans la tolérance », *RRJ Droit prospectif*, 1997, p. 715.

²³⁴⁰ UNESCO, *Déclaration de principes sur la tolérance*, 16 nov. 1995.

²³⁴¹ La liste des 195 membres (et des 11 Membres Associés) de l'UNESCO et la date à laquelle ils sont devenus Membres de l'Organisation est disponible sur le site internet de l'UNESCO : <http://www.unesco.org/new/fr/member-states/countries/>.

²³⁴² K. POPPER, *La Société ouverte et ses ennemis*, traduit par J. BERNARD et P. MONOD, Seuil, 1979, t. 1 : L'Ascendant de Platon, p. 222. Le paradoxe de la tolérance résonne avec le phénomène d'« entropie démocratique », selon lequel toute institution engendre en permanence les conditions de son dysfonctionnement. Au tournant du XIX^e siècle, le philosophe Georges SOREL avait pressenti un risque totalitaire subséquent à une société, certes démocratique mais unitaire et en voie d'indifférenciation. L'entropie démocratique résultait, selon lui, d'abord d'une crise des différences dont seule l'altérité – qui s'exprime notamment dans le conflit juridique – en est l'antidote ; cf. P. ROLLAND, « Georges Sorel et la démocratie au XX^e siècle. Une critique éthique de la démocratie », *Mil neuf cent*, 1991, n° 9, p. 129 (le lecteur gardera à l'esprit que la pensée sorélienne est majoritairement accusée d'être l'une des sources du fascisme. Certains auteurs le déplorent et l'expliquent par une incompréhension persistante de la pensée de SOREL ; v. par ex. M. CHARZAT, « Georges Sorel et le fascisme. Éléments d'explication d'une légende tenace », *Cahiers Georges Sorel*, 1983, n° 1, p. 37).

Dit autrement, le paradoxe de la tolérance revient à laisser disparaître la tolérance sous les assauts de ce qu'elle tolère. Selon certains, ce paradoxe naît de l'introduction de la pluralité des agents à même de décider de ce qui est bien et de ce qui est mal dans un raisonnement moniste en ce qu'il est précisément exclusif d'une telle pluralité²³⁴³. Sa résolution pourrait cependant être opérée de la même manière que la résolution de l'aporie de la tolérance, c'est-à-dire à deux conditions : d'abord, que l'on distingue irréductiblement la morale du sujet dont la tolérance est en question et la morale du sujet dont le comportement est en cause ; ensuite, que l'on affirme l'existence d'un seuil de tolérance au-delà duquel « ce n'est plus un bien de tolérer le mal »²³⁴⁴, étant entendu que cette intolérance constituerait « un moindre mal »²³⁴⁵. Cela suppose « une mise en balance des deux maux — le mal de laisser commettre le mal (fût-ce le mal commis par autrui), et le mal de ne pas laisser faire autrui (fût-ce lorsqu'il commet le mal) »²³⁴⁶.

Dans le champ particulier de la liberté de religion et de la laïcité, la tolérance est généralement comprise comme l'attitude d'un corps laïque envers la religion ou les religions²³⁴⁷ ; elle trouve d'ailleurs ses origines dans la non-interférence de l'État dans la pratique religieuse. C'est pour faire face aux déchirures issues des guerres de religion que l'idée serait née, « comme une volonté et comme processus possible pour la paix et la vie commune entre groupes humains différents »²³⁴⁸. Pour certains, la tolérance religieuse s'incarnerait juridiquement dans la liberté de conscience²³⁴⁹. Cette dernière peut en effet être brandie même lorsque les comportements qui en constituent l'émanation choquent, inquiètent ou heurtent... somme toute, lorsqu'ils offensent. La tolérance est alors promue comme une valeur destinée à valoriser la conscience de chacun²³⁵⁰. Pourtant, la tolérance est également une notion repoussée du vocabulaire contemporain de la liberté de religion et, en France, du principe de laïcité. Certains auteurs comme Geneviève KOUBI, y voient une notion inadaptée au principe de laïcité qui ne serait « pas un principe de tolérance »²³⁵¹. Des réticences se dessinent également en droit international privé, matière pourtant souvent présentée comme le lieu privilégié de la tolérance, mais où l'on évoque – à l'instar

²³⁴³ D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, n° 49, p. 275 (voir p. 315).

²³⁴⁴ M. CANTO-SPERBER, « Les limites de la tolérance », in *Jusqu'où tolérer ?*, sous la dir. de R.-P. DROIT, Le monde Éd., 1996, p. 131 (voir p. 133).

²³⁴⁵ V. JANKÉLEVITCH, *Traité des vertus*, 2 éd., Flammarion, 1986, vol. ii. Les Vertus et l'amour, p. 93.

²³⁴⁶ D. BODEN, *op. cit.*, p. 309.

²³⁴⁷ H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 240, n° 234.

²³⁴⁸ J.-F. COLLANGE, « La liberté de croyance dans la pensée religieuse », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 1 (voir p. 4).

²³⁴⁹ V. P. SOLER-COÛTEAUX, *op. cit.*, p. 1421

²³⁵⁰ J.-F. COLLANGE, *op. cit.*, p. 5.

²³⁵¹ G. KOUBI, *op. cit.*, p. 715. Pour l'auteure, c'est l'interprétation du principe juridique de laïcité qui peut se caractériser par une posture tolérante ou non-tolérante. De plus, la laïcité n'est pas non plus un principe d'indifférence.

d'Horatia MUIR-WATT – une « malédiction de la tolérance » pour expliquer et décrire le glissement potentiel de la tolérance vers la biopolitique²³⁵².

527. Ordre public et tolérance dans le raisonnement judiciaire : l'adoption nécessaire d'une conception rawlsienne. Dans une conception rawlsienne de la tolérance, celle-ci doit cesser lorsqu'elle met en danger la liberté, la sécurité, l'ordre public et les institutions. L'ordre public peut donc être mobilisé comme une limite à la tolérance, c'est-à-dire comme un outil d'interdiction de l'intolérable. De façon générale, l'ordre public interne est constitutif d'une limite à la souveraineté, qu'il s'agisse de la souveraineté individuelle (l'ordre public national, opposable aux individus, désigne et justifie en effet les limites que la société est en droit d'opposer au principe de liberté) ou de la souveraineté étatique (est ici visé l'ordre public européen entendu comme le patrimoine des exigences fondamentales de la vie en société)²³⁵³. C'est sous cette forme que l'ordre public s'est imposé comme un outil de restriction, de protection et de coordination des droits et libertés fondamentaux : « [...] [les libertés publiques] doivent donc y être subordonnées et, au besoin, sacrifiées, car il est vain d'espérer les préserver si l'ordre public, qui prime tout, n'est pas maintenu »²³⁵⁴. Dans sa fonction limitatrice des libertés, l'ordre public s'apparente comme la limite par excellence à l'une d'elles en particulier : la liberté de religion et l'expression des convictions religieuses²³⁵⁵ (2).

2. L'ordre public comme limite à l'expression des convictions religieuses

« Les textes français ont toujours – et à bon droit souvent – lié ordre public et liberté religieuse »²³⁵⁶.

528. En droit interne. De façon générale, l'ordre public a tout l'air de la limite avec un grand L à la liberté de religion ; il constitue le motif essentiel de restriction de l'expression des convictions religieuses²³⁵⁷. Celui-ci n'est mentionné qu'une fois dans nos textes constitutionnels : à l'article 11 de la DDHC qui garantit la liberté d'opinion « même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». En droit de la laïcité, l'ordre public fi-

²³⁵² C'est-à-dire qu'elle légitimerait un contrôle gouvernemental sur les corps humains (cf. M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Cours au Collège de France 1977-1978 et M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Cours au Collège de France 1978-1979).

²³⁵³ P. ROLLAND, « Ordre public et pratiques religieuses », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 231 (voir p. 232-233).

²³⁵⁴ M. ODENT, *S.*, 1944, p. 162.

²³⁵⁵ Une étude similaire pourrait être menée dans le champ de la liberté d'expression.

²³⁵⁶ J. ROBERT, « La liberté religieuse », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 629, spéc. p. 635.

²³⁵⁷ V. F. DIEU, « L'ordre public et les religions : ordre public, ordre laïc ? », in *L'ordre public*, sous la dir. de C.-A. DUBREUIL, Cujas, 2013, p. 261.

gure à l'article 1^{er} de la loi de 1905 qui dispose que si la République assure la liberté de conscience, elle garantit aussi le libre exercice des cultes « sous les restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public ». La sauvegarde de l'ordre public était aussi au cœur de la jurisprudence relative au port de signes religieux dans les écoles, collèges, lycées publics avant 2004. Le Conseil d'État y avait ainsi considéré que la liberté religieuse des élèves ne saurait leur permettre d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur caractère ostentatoire ou revendicatif troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service²³⁵⁸. Lorsqu'on envisage l'ordre public dans le cadre des limitations aux libertés individuelles, c'est donc naturellement au droit administratif et au droit international que l'on pense en premier lieu.

529. Néanmoins, les restrictions aux libertés peuvent aussi, au nom de l'ordre public ou d'une certaine forme de maintien de l'ordre, émaner de personnes privées. Tel est notamment le cas dans l'entreprise. Comme l'a indiqué Jean RIVERO, « Tout groupe humain orienté vers une finalité ne peut se passer de normes restrictives de la totale liberté de ceux qui le composent » ; « c'est vrai, avait-il ajouté, de l'entreprise »²³⁵⁹. L'entreprise constitue en effet le meilleur exemple de la limitation des libertés individuelles entre personnes privées par le biais d'une conception matérielle de l'ordre public, et dans la limite de l'ordre public social²³⁶⁰. Ces restrictions aux libertés interviennent de façon ponctuelle (ce sont par exemple des ordres émis par les autorités hiérarchiques au cours de l'exécution du travail), mais également par des prescriptions plus générales figurant dans le règlement intérieur. L'ordre public matériel peut alors y être visé sous plusieurs aspects tels que la sécurité et l'hygiène ou encore le bon ordre dans l'entreprise (au sens de la police générale). Depuis 2016, la manifestation des convictions religieuses dans l'entreprise par le salarié peut faire l'objet d'une restriction générale émanant de l'employeur par le biais du règlement intérieur. Ainsi, en vertu de l'article L1321-2-1 du Code du travail, le règlement intérieur peut-il « contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché »²³⁶¹. Les buts invoqués pour restreindre les libertés (l'exercice

²³⁵⁸ CE, 27 nov. 1989, avis n° 346893, *Port du foulard islamique*, *AJDA* 1990. 39, note J.-P. C. ; *RFDA* 1990. 1, note J. RIVERO.

²³⁵⁹ J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 421.

²³⁶⁰ V. N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006. En droit du travail, presque tous les textes sont d'ordre public (v. T. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la dir. de T. REVET, Dalloz, 1996, p. 43). La loi du 8 août 2016 a néanmoins bouleversé les équilibres en cantonnant l'ordre public à certaines dispositions spécifiques et en créant un ordre public conventionnel (sur ce point, v. G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886).

²³⁶¹ Nous soulignons.

d'autres droits et libertés ainsi que le bon fonctionnement de l'entreprise) peuvent s'analyser comme relevant de l'ordre public (qui permet que soient limités des droits fondamentaux pour en assurer la coexistence) ; ils sont conditionnés par une exigence de proportionnalité, s'apparentant ici à une disposition relevant de l'ordre public social, favorable au salarié.

530. L'ordre public est aussi objecté à la manifestation des convictions religieuses en droit des contrats. En la matière, c'est dans le respect de l'ordre public que se trouve une limite importante à la contractualisation d'un élément religieux, le principe de laïcité ne s'opposant pas – contrairement à une idée reçue – à la prise en compte de la religion en matière contractuelle²³⁶². L'élément religieux peut effectivement entrer dans le champ contractuel de façon positive lorsque le respect des prescriptions religieuses y est intégré comme objet du contrat²³⁶³. Tel est par exemple le cas du contrat de vente dans lequel le caractère *halal* ou *casher* d'une viande peut participer de la qualité convenue de la chose vendue²³⁶⁴. Le ballet de l'ordre public et des convictions religieuses s'articule alors autour de deux tableaux. D'abord, l'ordre public peut exceptionnellement justifier des restrictions contractuelles à la liberté de religion ; ce que la liberté contractuelle et l'article 6 du Code civil n'autorisent normalement pas, le principe étant celui de la nullité des atteintes contractuelles aux droits fondamentaux²³⁶⁵. Dans cette hypothèse, l'ordre public s'envisage comme un intérêt légitime et réel à attenter aux droits fondamentaux²³⁶⁶. Tel est par exemple le cas lorsque deux droits fondamentaux, par définition tous deux d'ordre public, entrent en conflit au sein d'un contrat ou d'un acte juridique ; mais c'est encore celui de la préservation de la santé, de la sécurité, ou de la moralité publique²³⁶⁷. De plus, le contrat ne saurait, pour un motif religieux, déroger aux dispositions d'ordre public. Ainsi, des contrats portant sur des produits *casher* ou *halal* doivent-ils respecter les règles impératives d'hygiène et de sécurité alimentaires²³⁶⁸. En ce sens, la liberté de religion n'autorise aucune dérogation aux règles d'ordre public.

²³⁶² F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013, p. 1142s., n° 1772s.

²³⁶³ Et à condition qu'elles y soient intégrées, la Cour de cassation estimant que les convictions religieuses n'entrent pas *sauf clause expresse* dans le champ contractuel. Pour le contrat de bail locatif (affaire du digicode) : Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, n° 01-00.519, *AJDI* 2003, p. 182, avis O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS. Pour le contrat de travail (affaire du boucher de Mayotte) : Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738.

²³⁶⁴ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *op. cit.* p. 1142s., n° 1772s.

²³⁶⁵ Certains s'interrogent toutefois sur la nature de la nullité applicable (v. S. MILLEVILLE, « Droits fondamentaux : entre nullité relative et nullité absolue, faut-il vraiment choisir ? », *RDLF*, 2013, chron. n° 1 ; v. ég. J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, [th. 2001], qui proposait de faire de la nullité absolue le principe).

²³⁶⁶ Sur le contrôle de la légitimité et de la réalité de l'intérêt, v. J. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 196s.

²³⁶⁷ V. J. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 216s.

²³⁶⁸ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHLING, *op. cit.*, p. 1149, n° 1780.

531. L'ordre public se manifeste également en tant qu'« ordre public des personnes et de la famille ». Il porte à ce titre sur la liberté, la dignité, l'intégrité physique et l'état des personnes, ainsi que sur les relations familiales. Il apparaît dans certaines dispositions légales à l'instar de celles régissant le mariage. Les articles 144, 146, 147, et 161 à 163 du Code civil n'autorisent effectivement l'accès à cette institution qu'à des conjoints consentants, pubères, monogames et non-incestueux ; leur inobservation étant sanctionnée par la nullité absolue du mariage. En outre, l'ordre public joue un rôle dans l'appréciation des qualités essentielles du conjoint au sens de l'article 180 al. 2 du Code civil, par exemple ; celle-ci relève « du contrôle de l'ordre public dès lors qu'elle ne peut être laissée à la libre disposition des époux »²³⁶⁹. À ce titre, la Cour d'appel de Douai a jugé que la virginité de l'épouse n'est pas constitutive d'une qualité essentielle du mariage en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale. Une particularité de cette décision réside par ailleurs dans le fait que l'appel avait été introduit par le Ministère public, l'épouse ayant acquiescé au principe de l'annulation du mariage s'opposant à cet appel au nom de son droit au respect de la vie privée, et l'époux arguant que celle-ci ni ne portait atteinte à l'ordre public ni ne mettait en jeu le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour d'appel écarta ces moyens au motif que l'action ainsi présentée mettait en jeu « les principes de respect de la vie privée, de liberté du mariage, de prohibition de toute discrimination entre les hommes et les femmes », opposables à la demande d'annulation dictée par des impératifs religieux ou communautaires. Cette immixtion de l'État dans la sphère privée de la requérante fait suite au tollé juridique, médiatique et politique qu'avait suscité le jugement de première instance en validant l'annulation du mariage²³⁷⁰. Comme l'avait relevé Philippe MALAURIE, celui-ci « avait, en son temps, suscité une vive tempête médiatique ; l'immense majorité de l'opinion publique et du personnel politique s'en était scandalisée ; probablement parce qu'il s'agissait de Français musulmans, craignant que ce jugement ne constitue une étape vers le communautarisme de notre pays dans les formes les plus sensibles, la *Charia* régissant le statut personnel des musulmans sans même avoir examiné ce que dit le droit musulman sur la question. Les positions des juristes étaient moins catégoriques et moins passionnelles – bien qu'un peu âpres – ; comme le reste de l'opinion, leur majorité avait critiqué le jugement, mais non une petite minorité, peut-être par hostilité au

²³⁶⁹ CA Douai, 17 nov. 2008, n° 08/03786 ; *Garç. Pal.* 2008, p. 7, note E. PIERROUX ; *JCP G*, 2009, II, 10005, note P. MALAURIE ; *Dr. fam.* 2008, comm. 167, V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2008, 2938, note V. ÉGÉA. Sans préjudice de la solution adoptée sur le fond, nous tenons à souligner la rigueur et la clarté de la forme du raisonnement adopté par la Cour d'appel dans cette affaire, dont l'effort de rédaction s'inspire de la mise en forme adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme.

²³⁷⁰ V. notamment les réactions doctrinales sous TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *RJPF* 2008 p. 8, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr. fam.* 2008, comm. 98, V. LARRIBEAU-TERNEYRE ; *JCP G* 2008, II, 10122, G. RAOUL-CORMEIL ; P. MALAURIE, « Libres propos », *JCP G* 2008, act. 440 ; *D.* 2008, p. 1389, P. LABBÉE ; *RTD civ.* 2008, p. 455, J. HAUSER ; *D.* 2008, p. 1788, J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

conformisme et au matraquage médiatiques »²³⁷¹. Elle s'entend aussi comme l'expression d'un ordre public de direction, reposant sur une conception objective du mariage et ne tenant que « très peu compte des convictions morales et religieuses qui pourraient animer chacun des époux et constituer un élément déterminant de leur consentement »²³⁷².

Or, comme l'ont souligné Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND, les rapports familiaux font l'objet depuis quelques années d'un mouvement de contractualisation qui contribue à une reconfiguration de l'ordre public en matière familiale. Celui-ci s'orienterait alors vers une protection plus pragmatique des valeurs individuelles (et s'éloignant de sa fonction de direction, protectrice des bonnes mœurs par exemple)²³⁷³, ce qui va dans le sens d'une protection des convictions religieuses individuelles par un ordre public sensible à la subjectivisation de la liberté de religion. Le contexte contemporain admettrait-il, dès lors, qu'un mariage puisse être annulé pour défaut de virginité de l'épouse ? Rien n'est moins sûr...

532. En droit européen des droits de l'homme. Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'ordre public figure au nombre des buts légitimes pouvant être invoqués par un État pour justifier une restriction à la liberté de manifester ses convictions. Cet ordre public correspond aux valeurs de l'ordre public national, dont la Cour EDH apprécie à l'aune du contrôle de proportionnalité qu'elles ne violent pas les droits protégés par la Convention. Dans le système conventionnel, l'ordre public peut aussi être « européen » et véhiculer les valeurs partagées par les États membres du Conseil de l'Europe²³⁷⁴. Ce dernier fait l'objet d'un contrôle plus poussé par la Convention EDH puisqu'il repose sur et se nourrit de l'existence d'un consensus européen, que le premier qui – parce que propre à chaque État partie – est à la main du décideur national et donc sujet à une plus ample marge d'appréciation²³⁷⁵. En matière religieuse, le contre-modèle susceptible d'heurter le plus fréquemment l'ordre public des États européens et l'ordre public européen serait, selon certains auteurs, le modèle de droit islamique de la charia traditionnelle, en raison des tensions qu'elle entretient avec la liberté du mariage, l'égalité entre les hommes et les femmes et la liberté de conscience²³⁷⁶. Dans l'affaire *Refah Partisi*, la Cour EDH a ainsi jugé que les États parties peuvent « légitimement empêcher que les règles de droit privé

²³⁷¹ P. MALAURIE, « Rejet de l'annulation du mariage pour mensonge sur la virginité », *JCP G*, 2009, p. 10005.

²³⁷² P. MURAT, « États généraux du droit de la famille - Intervention de Pierre Murat », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 35.

²³⁷³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016, n° 115 ; v. ég. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

²³⁷⁴ P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Vers un statut européen de la famille*, dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, Dalloz, 2014, p. 147, spéc. p. 154.

²³⁷⁵ Sur le contrôle européen de l'invocation par un État de l'ordre public, v. S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, 2013/3, p. 381.

²³⁷⁶ P. KINSCH, *op. cit.*, spéc. p. 152 ; J. DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations : aspects méthodologiques*, Recueil de cours de La Haye, 1989, vol. 211, p. 270.

d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction »²³⁷⁷. L'ordre public y revêt ses habits matériels et immatériels (au travers des valeurs de la démocratie) pour se présenter en barrière au développement de normativités religieuses privées. En l'espèce, celles-ci prenaient la forme d'un parti politique ; néanmoins, ne pourrait-on pas imaginer qu'une telle motivation puisse être transposée à une normativité religieuse privée de type individuel ?

533. L'ordre public se présente donc comme un instrument nécessaire du raisonnement juridique qui offre aux juges les outils permettant tantôt de faire prévaloir la protection de la liberté de religion, tantôt de la limiter. Dans le premier cas, sa fonction est bien déterminée et semble s'intégrer dans une logique déductive fondée sur la prééminence de principe des droits fondamentaux. Dans le second cas, c'est en tant que standard juridique qu'il jouera ; ce qui n'empêche pas sa mise en œuvre de faire l'objet d'une compréhension bien déterminée, généralement traduite en droit positif dans des normes impératives telles que les dispositions d'ordre public présentes dans le Code civil, le Code du travail ou encore lorsqu'il incarne les valeurs partagées des États membres du Conseil de l'Europe. Mais l'ordre public en tant que standard juridique est aussi porteur d'instabilité lorsqu'il fait l'objet d'une interprétation évolutive (II).

II. UNE ARTICULATION EVOLUTIVE : L'INSTABILITE DE L'UTILISATION DE L'ORDRE PUBLIC

534. La standardisation de l'ordre public. Lorsque l'ordre public assume la fonction de standard, il prend la forme d'un « mécanisme de filtrage »²³⁷⁸ à l'endroit de la norme individuelle, en l'occurrence la conviction religieuse, pouvant aboutir – en cas de contrariété avec les « principes essentiels qui irriguent le droit du for »²³⁷⁹ ou ses valeurs fondatrices – à conclure à leur inopposabilité à l'ordre juridique étatique, et donc à restreindre la liberté de leur expression. Dans cette hypothèse, l'ordre public fait donc nécessairement l'objet d'une « interprétation évolu-

²³⁷⁷ Cour EDH [G.C.], *Refab Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 128. V. ég. Cour EDH, *Gunduz c. Turquie*, 4 déc. 2003, req. n° 35071/97, spéc. § 51 où la Cour reprend les développements suivis par la Grande Chambre dans l'affaire du *Refab* à l'égard de la Charia et de sa contrariété aux valeurs de la Convention.

²³⁷⁸ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2014, t. 371, p. 206s.

²³⁷⁹ *Ibid.*, p. 228.

tive »²³⁸⁰ ; à la lumière de la proportionnalisation du raisonnement juridique, le mécanisme de l'ordre public se proportionnalise et se relativise (A). Mais cette interprétation de l'ordre public ouvre aussi la possibilité d'une compréhension sociétale de celui-ci, conduisant alors à son instrumentalisation (B).

A. L'ordre public relativisé

535. La « proportionnalité validante »²³⁸¹ et le repli de l'ordre public. Il est des hypothèses où la proportionnalité permet d'autoriser des restrictions volontaires à un droit fondamental ou à une liberté qui, par le seul jeu de l'ordre public, auraient été interdites. Cette « proportionnalité validante » intervient lorsqu'entrent en conflit deux droits ou libertés fondamentaux, ou un droit d'ordre public et l'intérêt d'une personne protégée. La proportionnalité joue ici le rôle de la balance entre ces deux intérêts, et permet de faire en sorte que la protection d'un droit fondamental passe, non pas par une interdiction absolue fondée sur l'ordre public, mais par une exigence de proportionnalité, atténuant par là-même la portée de l'ordre public en s'y substituant. Il en résulte un affaiblissement de l'effet régulateur de l'ordre public au bénéfice des droits et libertés.

Certains auteurs ont en effet fait remarquer que les caractéristiques de l'ordre public des personnes et de la famille étaient intimement liées aux évolutions sociales²³⁸², si bien que « ce qui est d'ordre public aujourd'hui pourrait fort bien ne plus l'être demain »²³⁸³. Progressivement, les espaces de libertés s'élargissent et repoussent les limites impératives posées par l'ordre public. Les droits fondamentaux jouent le rôle de catalyseur de cette émancipation, avec, en première ligne le droit au respect de la vie privée. Celui-là a repoussé le principe de l'indisponibilité de l'état civil en faisant autoriser la modification du sexe à l'état civil pour les personnes atteintes d'une dysphorie de genre ; il a fait écarter l'application de l'article 161 du Code civil à un mariage incestueux ayant duré plus de vingt ans ; il a justifié la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui ainsi que la possibilité de l'adoption de cet enfant par le conjoint du parent biologique²³⁸⁴. Cet affaiblissement du pouvoir

²³⁸⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 347.

²³⁸¹ Selon l'expression de M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 1998, n° 117, p. 3.

²³⁸² J. HAUSER, « L'ordre public dans les relations de famille », in *L'ordre public. Travaux de l'association H. Capitant*, Journées libanaises, tome XLIX, LGDJ, 1998, p. 475s.

²³⁸³ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes moeurs », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016, n° 107.

²³⁸⁴ Sur ce point, v. par ex. L. BRUNET, « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ Fam.*, 2018, p. 572.

régulateur de l'ordre public se traduit ainsi, dans les rapports qu'il entretient avec les droits fondamentaux, par sa proportionnalisation²³⁸⁵.

536. La proportionnalisation de l'exception d'ordre public. En droit international privé, la proportionnalité n'a longtemps fait l'objet que d'applications ponctuelles²³⁸⁶. Traditionnellement, la jurisprudence française de droit international privé n'envisageait pas la proportionnalité comme un critère fonctionnel du mécanisme défensif de l'ordre public. Sans être étrangère au mécanisme, la Cour de cassation n'intégrait pas directement la proportionnalité dans le raisonnement sur le déclenchement de l'exception²³⁸⁷. Pourtant, la matière n'a pas échappé à la « proportiomania »²³⁸⁸ et une partie de la doctrine envisage de reconnaître à la proportionnalité une place plus importante, notamment en matière de conflits de lois²³⁸⁹. Les rapports de la proportionnalité avec l'ordre public figurent ainsi assez clairement dans la doctrine de droit international privé. Parmi les grands théoriciens de la matière, Léna GANNAGE a notamment montré que le fonctionnement de l'ordre public atténué s'apparentait à un raisonnement en termes de proportionnalité²³⁹⁰. On lit aussi que la mise en œuvre technique de la théorie de l'ordre public atténué s'incarnait dans un mécanisme de mise en balance²³⁹¹, où l'effectivité d'une situation et le souci d'en ménager la continuité sont susceptibles de modifier les équilibres de valeurs habituellement posés par l'ordre public.

Le rapprochement serait en outre influencé par la pratique jurisprudentielle européenne. En droit européen des droits de l'homme, la clause d'ordre public est envisagée pour justifier les atteintes à certaines libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention EDH. L'ordre public figure en effet au rang des buts légitimes invocables par les États pour justifier une ingérence dans un droit garanti. Seulement, il n'y joue de manière légitime que s'il fonde une ingérence *nécessaire dans une société démocratique*, c'est-à-dire qui réponde de manière adéquate et propor-

²³⁸⁵ V. *infra* n° 536.

²³⁸⁶ L. GANNAGÉ, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. Phil. Dr.*, 2014, t. 57, p. 229.

²³⁸⁷ Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, [th. Paris I : 2017], p. 367, n° 865s. et les réf. citées.

²³⁸⁸ A. GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Mc Gill Law Journal*, 2015, n° 61, p. 87 (voir p. 92) ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 14, n° 7.

²³⁸⁹ V. en ce sens, J. HEYMANN, « Importing proportionality to the conflicts of law », in *Private international law and global governance*, sous la dir. de H. MUIR-WATT et D. FERNANDEZ ARROYO, Oxford University press, 2014, p. 277.

²³⁹⁰ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de culture*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2013, p. 397, n° 217.

²³⁹¹ A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union Européenne : essai de systématisation*, [th. Paris I : 2015], p. 134s., n° 166s. V. également P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, préc., p. 247, n° 194s.

tionnée à un besoin social impérieux. Le mécanisme se trouve alors soumis au test de proportionnalité visant à « limiter les cas de déclenchement de l'exception d'ordre public »²³⁹².

537. La jurisprudence récente de la Cour de cassation semble suggérer l'intégration d'une démarche similaire en droit international privé français. Dans deux affaires mettant en cause l'exhérédation d'enfants français par leur père vivant en Californie, l'ordre public français avait été invoqué pour contester l'application de la loi californienne ne prévoyant pas de réserve héréditaire²³⁹³. Le raisonnement est construit sur un même attendu :

« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

Par la mention des principes du droit français considérés comme essentiels, la Haute Juridiction fait référence aux valeurs intangibles de l'ordre public international français qui, par leur présence dans une affaire donnée, empêchent tout effet atténué de l'ordre public ou la prise en compte de la proximité de la situation litigieuse avec le for²³⁹⁴. On sait que l'appréciation *in concreto* de l'ordre public implique que l'on examine dans chaque affaire si la loi ou la décision étrangère emporte des conséquences incompatibles avec l'ordre public du for²³⁹⁵. Or, dans un second attendu, la Cour de cassation se livre dans les deux arrêts à un semblant de mise en balance des intérêts en jeu pour déterminer l'existence de telles conséquences. Dans la première affaire par exemple, cet attendu est rédigé ainsi :

« Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi applicable à la succession de Maurice X... est celle de l'État de Californie, qui ne connaît pas la réserve, l'arrêt relève, par motifs propres, que le dernier domicile du défunt est situé dans l'État de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux États-Unis, où son installation était ancienne et durable et, par motifs adoptés, que les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ; que la Cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'écarter la loi californienne au profit de la loi française ».

Lorsque la Cour envisage la situation du *de cuius*, elle semble mettre en balance les différents intérêts en présence – « D'un côté la volonté du père d'exhérer ses enfants et l'absence de logique

²³⁹² K. BIHANNIC, *op. cit.*, spéc. p. 371, n° 875.

²³⁹³ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n°16-17.198, D. 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJ Fam.* 2017, p. 595, *ibid.* p.510, obs. A. BOICHE ; *Ibid.* p.598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURE et G. KESSLER ; *JCP G* 2017, p.1236, note C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; *JCP N* 2017, p.1305, note E. FONGARO ; *Deffrénois* 2017, n°22, p.26, note M. GORE ; *RTD civ.* 2017, p.833, note L. USUNIER ; Cass. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n°16-13.151, D. 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *RTD civ.* 2018. 189, note GRIMALDI.

²³⁹⁴ Sur les principes essentiels du droit français, v. *Rapport annuel : L'ordre public*, Cour de cassation, 2013, p. 199s., en ligne : <https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/>.

²³⁹⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, vol. 312, p. 425, n° 487.

frauduleuse liée à son cadre de vie habituel ; de l'autre côté, les intérêts financiers des enfants »²³⁹⁶ – pour conditionner l'existence d'un principe essentiel du droit français et donc permettre l'exception d'ordre public. Ce semblant de mise en balance laisse penser que la proportionnalité conditionnait alors l'exception d'ordre public.

Le déclenchement de l'exception d'ordre public pourrait-il donc être encadré et relativisé ? Ne serait-il pas encadré car limité aux seules normes étrangères entrant en contradiction avec les principes véritablement fondamentaux, et relativisé car conditionné par un examen *in concreto* des effets de la norme en cause au regard des intérêts en jeu ? C'est en effet dans le cadre de l'examen *in concreto* de la conformité à l'ordre public international qu'il semble être fait appel à la proportionnalité. Selon Kévin BIHANNIC, « la mise en œuvre *in concreto* permet de ne pas porter de jugement sur le droit étranger » et « évite de restreindre l'harmonie internationale des solutions au-delà du strict nécessaire »²³⁹⁷. La proportionnalisation du raisonnement en matière d'exception d'ordre public contribue donc à cette concrétisation et permet au demeurant d'éviter de mettre celle-ci en œuvre selon une logique abstraite et absolutiste, peu regardante à l'égard de certains droits et libertés fondamentaux. Elle découle directement de l'influence des droits fondamentaux sur le fonctionnement, davantage que sur la détermination du contenu, de l'exception d'ordre public. D'un point de vue méthodologique, elle se matérialise par l'identification, la mesure et la mise en balance d'intérêts protégés²³⁹⁸ pour déterminer si l'exception d'ordre public peut être avancée dans un cas particulier. Cette proportionnalisation du mécanisme de l'exception d'ordre public conduit ainsi à renforcer la protection accordée aux droits et libertés fondamentaux.

538. À l'aune de cette relativisation, ne pourrait-on pas imaginer une reconfiguration du jeu de l'exception d'ordre public en matière religieuse, et par exemple dans le cas de la réception des institutions religieuses musulmanes en droit français ? Dans cette perspective, l'ordre public ne permettrait pas de rejeter *in abstracto* comme tel est le cas actuellement des institutions telles que la répudiation²³⁹⁹ ou la polygamie²⁴⁰⁰. Cette reconfiguration, si elle bouscule les méthodes de raison-

²³⁹⁶ K. BIHANNIC, *op. cit.*, p. 374, n° 882.

²³⁹⁷ *Ibid.*, p. 386, n° 915.

²³⁹⁸ Sur ce point, v. *supra* n° 487s.

²³⁹⁹ L. PERREAU-SAUSSINE, « Rapport de synthèse », in *Quelques difficultés en droit international privé français de réception des droits musulmans*, Colloque Roubaix, 28 nov. 2017, *JCP N*, 2018, n° 29, p. 1256, spéc. n° 35 ; *contra* B. HAFTEL, *Droit international privé*, 1 éd., Dalloz, 2018, p. 181, n° 342. Le 17 février 2004, la Cour de cassation a affirmé l'incompatibilité radicale de la répudiation musulmane avec l'ordre public français en matière internationale : « cette décision [de répudiation] constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme » (Cass. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004 (5 arrêts), *D.* 2004.825, concl. F. CAVARROC, *D.* 2004. 815, chron. P. COURBE ; *Rev. crit. DIP* 2004. 423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004. 1200, note L. GANNAGÉ ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *Deffrénois* 2004. 812, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L.

nement, ne devrait *a priori* pas générer de renversement des solutions dans la majorité des cas. Il ne fait guère de doute qu'une répudiation prononcée à l'étranger serait dépourvue d'effet en droit français en raison des conséquences disproportionnées que le mécanisme est susceptible d'entraîner – sous réserve d'un contrôle concret – sur les droits fondamentaux de l'épouse²⁴⁰¹. Néanmoins dans cette optique, les droits de l'époux devraient eux aussi être considérés : qu'il s'agisse de son droit au respect de la vie privée (la non-reconnaissance de la répudiation l'empêchant de se remarier valablement) mais aussi, peut-être, de son droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ?

Mais c'est surtout lorsque l'on considère les convictions religieuses comme des normativités, privées et individuelles, que l'utilisation de l'ordre public proportionnalisé se révèle être un outil intéressant et adéquat à leur encadrement juridique puisqu'il permet au juge d'écarter l'application d'une norme en raison des effets concrets que celle-ci cause aux droits fondamentaux des parties ou aux principes essentiels de l'ordre juridique du for. Transposée aux convictions religieuses, la technique pourrait être utilisée pour les prendre en compte, et pour apprécier une restriction apposée à la liberté de religion d'une partie dans chaque cas particulier.

539. À cette relativisation de l'exception d'ordre public, favorable à la prise en considération des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire, s'ajoute une évolution venant contrebalancer la place des convictions religieuses dans la société en général. En effet, tandis que l'ordre public a toujours été entendu comme une limite nécessaire aux libertés et à la tolérance, celui-ci s'impose aux yeux de certains de plus en plus comme une justification de l'intolérance. L'ordre public se redéploie dans le champ des « valeurs sociales essentielles »²⁴⁰², et sous cet angle, sa mobilisation à vau-l'eau conduit à son instrumentalisation **(B)**.

NIBOYET ; *D.* 2005. Pan. 1266, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP ; *LPA* 5 août 2004, p. 13, note H. PÉROZ ; *RTD civ.* 2004. 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD). Cette approche a été constamment réitérée depuis (v. not. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-20845, *Garç. Pal.* 2006, n° 56, p. 16, note M.-L. NIBOYET ; *D.* 2006. Pan. 1053, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JCP* 2006. I. 157, n° 6, obs. A. MARMISSE D'ABADIE D'ARRAST – Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-15231, *Rev. crit. DIP* 2006. 627, note M.-C. NAJM ; *D.* 2007. Pan. 1759, obs. F. JAULT-SESEKE – Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10165, 2^e esp., note T. AZZI – Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, *D.* 2009. Pan. 835, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI – Civ. 1^{re}, 4 nov. 2009, n° 08-20574, *D.* 2009. Actu. 2749, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2010. 543, note G. LARDEUX, et *Rev. crit. DIP* 2010. 313, note K. ZAHER – Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-13758 – Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-19.750 – Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-21344 et 12-25802 – Civ. 1^{re}, 14 mai 2014, n° 13-17124 – Civ. 1^{re}, 4 juill. 2018, n° 17-16102).

²⁴⁰⁰ Dès que l'union polygamique concerne un ressortissant français, elle n'est pas admise au nom de l'ordre public international (v. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 oct. 2016, n° 15-50.098, *JurisData* n° 2016-021239 ; *JDI* 2017, comm. 2, p. 146, note F. MONÉGER).

²⁴⁰¹ Il convient de noter qu'en l'absence de caractère unilatéral ou discrétionnaire, une répudiation pourra être reconue en France. C'est l'hypothèse de l'épouse ayant consenti librement au prononcé de la répudiation.

²⁴⁰² P. DEUMIER et T. REVET, « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1119.

B. L'ordre public instrumentalisé

540. L'incorporation de l'ordre public immatériel en droit administratif. L'observation du droit positif en matière administrative a conduit certains auteurs à constater l'émergence d'un ordre public distinct de l'ordre public matériel prévu au CGCT²⁴⁰³ : un ordre public plus idéologique, immatériel, qui se dessine en jurisprudence depuis la fin des années quatre-vingt-dix²⁴⁰⁴. On compte ainsi de plus en plus d'études consacrées à cette conception renouvelée, en droit administratif, de l'ordre public. Cette infusion est nouvelle en la matière, à l'inverse du droit privé où l'on connaît depuis longtemps la portée immatérielle de l'ordre public qui permet, en promouvant un système de valeurs objectif²⁴⁰⁵, de répondre au phénomène de subjectivisation du droit et de « pullulement des droits subjectifs »²⁴⁰⁶. Comme l'a d'ailleurs indiqué Anne LEVADE lors d'une audition à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République :

« la société démocratique emporte, par nature, des exigences. Parce que l'appartenance à la Cité suppose le lien avec ses semblables et, par voie de conséquence, un “vivre-ensemble” ou une forme de concitoyenneté, la société démocratique interdit que la liberté individuelle se confonde avec l'autonomie intégrale qui confinerait à la souveraineté de l'individu. Des concepts comme ceux d'intérêt général, d'intérêt national, de santé publique ou d'ordre public non matériel sont les contrepoids indispensables aux excès de la primauté absolue des droits individuels. Ils constituent autant de “soupapes de sécurité” sans lesquels l'État de droit ignorerait les enjeux collectifs et se replierait sur lui-même et sur l'individualité au point de mettre en péril son existence en tant que société »²⁴⁰⁷.

En droit administratif, cet ordre public immatériel est désormais parfois employé pour justifier des interdictions générales limitant des droits et libertés subjectifs individuels, sans se fonder sur l'une des composantes classiques de l'ordre public (la sécurité, la salubrité, la tranquillité), mais en faisant appel à des notions plus difficilement saisissables telles que la dignité ou les exigences minimales de la vie en société. Cette approche renouvelée de l'ordre public se prolonge par le développement d'une compréhension « sociétale » de celui-ci²⁴⁰⁸. À travers la notion

²⁴⁰³ V. notamment M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018 ; A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union Européenne : essai de systématisation*, [th. Paris I : 2015].

²⁴⁰⁴ CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

²⁴⁰⁵ Sur ce point, v. M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *op. cit.*, p. 171s.

²⁴⁰⁶ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 124.

²⁴⁰⁷ A. LEVADE, citée par J.-P. GARRAUD, *Rapport n° 2648 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, enregistré à l'Assemblée nationale le 23 juin 2010, p. 19.

²⁴⁰⁸ J.-P. GARRAUD, *op. cit.* : « L'ordre public a également une dimension immatérielle ou sociétale qui a été clairement mise en évidence par le Conseil d'État ».

d' « ordre public sociétal »²⁴⁰⁹, ce sont les valeurs de la République que l'on avance pour réguler la visibilité religieuse. La préservation du « code social »²⁴¹⁰ y est mobilisée pour fonder des restrictions à l'exercice de la liberté de religion qui, sans cette référence à l'ordre public, auraient reposé sur « une base juridique fragile »²⁴¹¹.

541. L'ordre public « police de la liberté »²⁴¹², une justification de l'intolérance ?

L'élaboration de la loi de 2010 constitue, pour certains auteurs, un tournant significatif au développement de cet ordre public immatériel et social. Elle aurait conduit à l'instrumentalisation d'un certain nombre de notions cardinales du droit français (la dignité, l'égalité des sexes, l'ordre public immatériel), à leur utilisation parfois inappropriée, pour parvenir à un seul but : l'interdiction générale du voile intégral²⁴¹³. Ce type de procédé est typique d'un raisonnement abductif : servir à la réalisation d'un objectif sociétal en proposant « une solution à la fois rationnelle et vraisemblable face à une interrogation imprévue »²⁴¹⁴, tout en étendant la règle appliquée à un nouveau cas. Or sur ce point, l'ordre public matériel aurait tout à fait pu fonder juridiquement une interdiction de la dissimulation du visage ; seulement, celle-ci aurait été soumise à des exigences de proportionnalité et n'aurait permis qu'une interdiction au périmètre limité. Or, tel n'était pas l'objectif du législateur qui entendait créer une interdiction générale²⁴¹⁵. C'est dans cette optique que l'ordre public sociétal aurait été employé pour fonder la loi « anti-burqa ». Au Sénat, on s'appuya sur la jurisprudence du Conseil d'État pour inclure la protection de la dignité humaine dans un ordre public « élargi », immatériel et sociétal, justifiant l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Un rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat indique ainsi qu' « il ne paraît pas abusif de transposer le raisonnement juridique [relatif à l'interdiction du lancer de nain] à la dissimulation du visage dans la mesure où il existe un large consensus dans notre société pour reconnaître dans le visage un élément essentiel de l'identité de la personne laquelle est une

²⁴⁰⁹ Selon la qualification suggérée par la Professeure A. LEVADE, cf. F.-N. BUFFET, *Rapport n° 6999 (2009-2010) fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, déposé au Sénat le 8 septembre 2010.

²⁴¹⁰ B. POLETTI, *Rapport d'information n° 2646 fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, enregistré à l'Assemblée nationale le 23 juin 2010 : « Se dissimuler le visage y est perçu [dans la République] comme une atteinte à notre code social qui correspond à un ensemble de normes qui font consensus et dont la finalité est de faciliter l'harmonie des rapports sociaux ».

²⁴¹¹ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75 (voir p. 89).

²⁴¹² W. MASTOR, « Du danger de "l'appropriation culturelle" pour les sciences humaines », *Le Monde* (2 janv. 2019), p. 19.

²⁴¹³ L. BAKIR, *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, [th. Strasbourg : 2018].

²⁴¹⁴ J. LE GOFF, « Charles Sanders Peirce. Fondation du pragmatisme et découverte de l'abduction », in *Les grands inspirateurs de la théorie des organisations*, sous la dir. de O. GERMAIN, éd. EMS, 2012, p. 275 (voir p. 285).

²⁴¹⁵ L. BAKIR, *op. cit.*

composante de sa dignité »²⁴¹⁶. Sous couvert d'ordre public, la dignité fut ainsi invoquée pour limiter la liberté individuelle de religion. Pourtant, cette transposition était critiquable à plusieurs égards : d'abord, parce qu'elle conduisait à justifier l'adoption d'une loi pénale par un raisonnement relevant de la jurisprudence administrative, ensuite, parce qu'elle se construisait sur la base d'une jurisprudence exceptionnelle, s'inscrivant dans le registre de la morale²⁴¹⁷, et enfin parce que la dignité n'a pas pour rôle de brider la liberté individuelle. Avec Muriel FABRE-MAGNAN, nous pouvons souligner à cet égard que la « dignité et la liberté sont deux facettes indissociables de la condition humaine », que le droit doit « soutenir et [...] défendre l'une et l'autre, et non pas l'une contre l'autre »²⁴¹⁸. En outre, cette compréhension sociétale de l'ordre public constituait, selon la Commission nationale consultative des Droits de l'homme, un danger pour la sauvegarde des droits de l'homme, notamment – avait-elle précisé – car « une prohibition du voile intégral dans tous les espaces publics sur le fondement de l'ordre public ne saurait, sauf à étendre abusivement cette notion, être justifiée ni être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, eu égard notamment à la gravité des atteintes aux droits de l'homme qu'elle occasionnerait »²⁴¹⁹. Tandis que l'ordre public s'envisage normalement comme « un rempart contre les abus »²⁴²⁰, celui-ci s'est en effet trouvé mobilisé – abusivement ? – pour justifier une interdiction générale à l'exercice d'un droit fondamental.

Récemment, l'ordre public et les valeurs de la République ont même été invoqués pour justifier des restrictions contestables à la manifestation des convictions religieuses. Une proposition de loi déposée le 17 octobre 2018 envisage, au titre d'une « modernisation de la laïcité et des relations entre l'État et les cultes »²⁴²¹, de réviser la loi de 1905 en y intégrant notamment : le conditionnement de l'exercice du libre exercice des cultes au respect de l'ordre public et des valeurs de la République (ainsi énumérées : « la liberté, de l'égalité, notamment entre les hommes et les femmes, la fraternité, la laïcité et le refus de toute discrimination »), la reconnaissance d'un héritage culturel de certaines religions dans l'Histoire de France pour justifier la garantie des « grandes fêtes coutumières » et des jours fériés, une exigence de compatibilité des tenues religieuses portées dans l'espace public avec les valeurs de la République ou encore la création d'un délit de « radicalisation religieuse en lien avec une entreprise terroriste ».

²⁴¹⁶ F.-N. BUFFET, *Rapport n° 6999 (2009-2010) fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, déposé au Sénat le 8 septembre 2010.

²⁴¹⁷ V. en ce sens, L. BAKIR, *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, [th. Strasbourg : 2018], n° 286, p. 144.

²⁴¹⁸ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 292.

²⁴¹⁹ Commission nationale consultative des droits de l'homme, Assemblée plénière, 21 janvier 2010, avis sur le port du voile intégral.

²⁴²⁰ Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral*, rapport adopté par l'Assemblée plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010.

²⁴²¹ Proposition de loi n° 1314 portant modernisation de la laïcité et des relations entre l'État et les cultes, présentée par O. BECHT et enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 oct. 2018.

542. L'ordre public sociétal permet de faire le lien entre une société laïque et un État laïc en introduisant les valeurs dominantes de celle-ci dans les mécanismes juridiques de ce dernier. Ne pourrait-on pas craindre, dès lors, que : « la laïcité comme valeur républicaine et non plus comme organisation des pouvoirs publiques, justifie par le biais du vivre ensemble la production de discriminations »²⁴²² ? Ne peut-on pas, déjà, observer une mécanique d'orientation des principes de laïcité et de séparation à l'encontre de religions spécifiques, dissimulée derrière une généralité et une neutralité de façade ?

*

*

*

²⁴²² E. BOURDIER, « Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

543. La soumission des convictions religieuses à l'appréciation du juge. La prise en compte des convictions religieuses s'étant avérée nécessaire, il était donc indispensable de déterminer les conditions et la méthode de cette prise en considération. L'objet de ce chapitre était de mettre en exergue les deux procédés permettant au juge d'apprécier les convictions religieuses, et tout particulièrement leur manifestation : le contrôle de proportionnalité et l'ordre public.

Le contrôle de proportionnalité, récemment introduit dans la technique juridictionnelle de la Cour de cassation, est un procédé laissant une place aux convictions religieuses des justiciables, tant dans sa logique, que dans ses données et dans ses outils. En effet, la proportionnalité elle-même s'intègre dans une logique d'équilibre et de conciliation : il s'agit d'éviter la disproportion et le déraisonnable. Cette recherche d'équilibre répond parfaitement à la logique juridique construite sur la base d'une allégorie : celle de la balance. À ce titre, les convictions religieuses peuvent être constitutives d'un élément du litige dont le juge ne saurait faire abstraction sauf à ignorer un poids devant peser dans la balance. Tel est le cas de tous les litiges mettant en cause la liberté de religion, et ce même lorsque d'autres droits et libertés sont en jeu, ou lorsqu'une mesure de droit commun pourrait trouver à s'appliquer. Ce serait effectivement manquer à l'obligation positive de protection de la liberté de religion que d'ignorer son effet horizontal et son infiltration dans les rapports entre les personnes privées. En outre, les convictions religieuses constituent, dans ce genre de litiges, une donnée à part entière du contrôle de proportionnalité. Elles doivent par conséquent être soumises à une identification et à une évaluation dès lors que le contrôle de proportionnalité porte sur des intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire des démembrements de droits, ce qui correspond aux convictions religieuses ayant été jugées comme relevant de la liberté de religion. En tant qu'intérêt protégé, les convictions religieuses doivent ainsi être pesées selon une grille à deux entrées : une pesée abstraite, qui revient à s'interroger sur la qualité de celui qui détient les convictions religieuses en cause (est-ce une personne vulnérable ou plus faible ?) ; et une pesée concrète qui porte sur le degré d'atteinte à l'intérêt protégé (un intérêt lourdement atteint pèsera plus lourdement dans la balance). C'est dans le cadre de cette pesée concrète que la force des convictions religieuses peut être appréciée : plus la conviction religieuse est forte aux

yeux de l'individu, et plus une ingérence peut constituer une atteinte lourde car elle est susceptible d'impacter fortement une conviction particulièrement structurante pour l'individu concerné. Une fois les intérêts identifiés et leur commensurabilité déterminée, se trouve l'opération incontournable de l'office du juge, le moment où il doit trancher, c'est-à-dire procéder à un choix. Le contrôle de proportionnalité suppose en effet que le juge identifie les différentes solutions possibles de résolution du litige qui lui est soumis, qu'il les évalue afin d'en choisir une seule. Cette évaluation se déroule selon une démarche conséquentialiste visant à rechercher la solution qui apporte le plus de bien à toutes les parties au litige, et explicitée au sein d'une motivation enrichie.

544. À ce premier niveau d'appréciation s'ajoute un second, moins substantiel, et dont l'outil mis à disposition des juges réside dans la notion d'ordre public. Son utilisation par les juridictions judiciaires a en effet façonné l'articulation des convictions religieuses avec l'ordre juridique étatique en établissant d'abord le caractère impératif des mécanismes protecteurs des droits et libertés fondamentaux, ainsi que leur limitation lorsqu'ils entrent en conflit avec les valeurs du for. Sous cet angle, l'ordre public constitue tantôt un outil de protection des convictions religieuses en ce qu'il en intègre la garantie dans son mécanisme – c'est l'hypothèse, par exemple, du droit international privé –, tantôt un outil de leur limitation lorsque leur manifestation trouble l'ordre public ou d'une certaine forme de maintien de l'ordre – c'est l'hypothèse par exemple des dispositions du Code du travail autorisant la restriction des manifestations de convictions dans l'entreprise privée.

On constate cependant une évolution de la notion qui ouvre la voie à des mécanismes judiciaires plus flexibles et à une articulation des convictions religieuses avec l'ordre juridique étatique davantage instable et indéterminée. Dans un sens, l'ordre public se relativise en se proportionnalisant ; de ce point de vue, il se montre plus favorable à une prise en compte expresse des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire et surtout, il permet une appréhension substantialisée des convictions religieuses en autorisant le juge à écarter l'application d'une norme étrangère au nom de l'ordre public en raison des effets concrets que celle-ci cause aux droits fondamentaux des parties ou aux principes essentiels de l'ordre juridique du for, quand bien même cette disposition ne serait abstraitement pas contraire à ces principes. Inversement, on observe une tendance à l'instrumentalisation de l'ordre public, qui va dans le sens – principalement en droit administratif – d'une évolution potentiellement liberticide au nom d'une nouvelle forme d'ordre public : un ordre public plus sociétal, plus sécuritaire, plus intolérant.

CONCLUSION DU TITRE 2

545. L'intégration des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire, une question de méthode. L'intégration des convictions religieuses dans le raisonnement nécessaire s'étant montrée nécessaire d'un point de vue théorique et épistémologique, il restait à en déterminer la manière d'y procéder. La réflexion s'est alors orientée autour d'une subdivision incontournable lorsqu'il est question de droits et libertés fondamentaux : en la matière, l'application du droit succède à l'examen de son applicabilité. En ce qui concerne la liberté de religion, il s'agissait donc de déterminer le champ d'application du droit avant de procéder à sa mise en balance avec d'autres droits ou intérêts particuliers. Une première étape consistait ainsi à donner aux juges judiciaires les outils leur permettant d'apprécier si les faits sont susceptibles d'être protégés par cette liberté. À ce stade du raisonnement, ceux-ci doivent pouvoir être en mesure de déterminer si un comportement ou un sentiment relève de la liberté de religion du justiciable. Cette étape est non seulement primordiale dans le raisonnement juridique, mais elle est aussi symbolique pour les justiciables en ce qu'elle explicite un intérêt des juridictions envers leurs opinions, leurs perspectives et leurs convictions ; en d'autres termes, « it allows the parties subject to management the opportunity to be recognized as having valid perspectives »²⁴²³. Or, si les critères sont assez clairs aux États-Unis, au Canada et dans le droit de la CEDH, la jurisprudence française semble toujours réticente à l'idée de dire ce qui relève de la liberté de religion ou non. Aussi, semblait-il essentiel d'assumer que soient prises en compte les convictions religieuses des justiciables en tant qu'outil de qualification juridique de la liberté de religion. La pénétration des convictions religieuses dans le raisonnement judiciaire passait ainsi par l'admission et la construction d'une notion permettant d'apprécier l'applicabilité de la liberté de religion. Ce faisant, les « convictions protégées », au rang desquelles s'inscrivent les convictions religieuses, se sont imposées comme la notion faisant l'objet de la qualification juridique. Leur identification, inspirée des mécanismes auto-référentiels employés outre-Atlantique et à la Cour EDH, se concentrant essentiellement sur un test : l'examen de la sincérité de la croyance revendiquée. À ce stade de l'analyse, l'appartenance religieuse ne constitue pas un critère d'applicabilité de la liberté de religion ; elle ne peut jouer un rôle dans le raisonnement qu'en tant que présomption d'applicabilité de ladite liberté, mais le défaut d'appartenance ne saurait être opposé au croyant. L'appartenance peut aussi

²⁴²³ H. KISLOWICZ, « The Court and Freedom of Religion », *The Supreme Court Law Review*, 2017, 78, p. 221.

constituer un indice objectif à la caractérisation des manifestations de conviction, caractérisation nécessaire à l'identification d'une ingérence dans le droit protégé. Une fois la liberté de religion jugée applicable, il incombe en effet aux juges d'apprécier l'existence d'une ingérence dans cette liberté, faute de quoi le raisonnement ne se poursuit pas plus loin, la liberté n'ayant pas été atteinte.

Puis à l'examen d'applicabilité succède l'application de la liberté, où il incombe aux juges d'apprécier si l'ingérence qui a été portée à la liberté de religion est justifiée ou si elle constitue une violation de cette liberté. C'est à ce stade de l'examen que les convictions religieuses pourront faire l'objet d'une appréciation juridique, le contrôle de proportionnalité constituant l'instrument de cette appréhension puisqu'il impose la mise en balance des intérêts en jeu dans un litige, au nombre desquels sont susceptibles de figurer les convictions religieuses du justiciable. Si les convictions religieuses constituent des poids dans la balance, il est donc nécessaire d'en apprécier le poids, et c'est à ce stade de l'étude que l'évaluation de leur force intervient.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

546. La construction d'une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses. La seconde partie de cette étude s'est concentrée sur la justification et l'élaboration d'une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires. Cette forme d'appréhension s'est en effet rendue nécessaire au regard des évolutions épistémologiques en matière de gestion du pluralisme et de compréhension de la liberté de religion ; mais elle est aussi rendue possible par le développement du contrôle de proportionnalité et le rayonnement des méthodes du droit européen des droits de l'homme en droit français. C'est grâce à ce tournant pragmatique²⁴²⁴, centré sur l'individu et ouvert au pluralisme, qu'une proposition de prise en compte expresse des convictions religieuses était constructible en droit privé français.

Épistémologiquement d'abord, nous avons remarqué l'émergence et le déploiement d'un prisme subjectif de compréhension juridictionnelle de la liberté de religion. Cette évolution s'est d'abord manifestée aux États-Unis et au Canada, où, d'une décision à l'autre, les juridictions ont adopté une grille de lecture détachée des conceptions classiques, des dogmes et des institutions religieuses pour s'orienter davantage sur une compréhension autoréférencielle de la religiosité. Ce tournant subjectif s'apparente à la consécration jurisprudentielle des recompositions du croire qui avaient été identifiées dans la première partie de cette thèse : l'individualisation de la religion pousse à la subjectivisation de la liberté qui la garantit. Il s'agit alors d'orienter tout le contrôle juridictionnel sur la conviction en tant qu'objet de protection de la liberté de religion, et de l'émanciper de toute référence institutionnelle à une religion connue ou à des dogmes. Selon cette perspective, seul l'individu est maître de sa conscience et il n'appartient pas aux juges d'apprécier si leur pratique est en adéquation avec leur appartenance pour leur octroyer, ou non, la protection de la liberté de religion, mais plutôt de vérifier que leur conviction est invoquée de bonne foi, qu'elle n'est pas un artifice destiné à obtenir un avantage. La nécessité de la transcription de ce tournant subjectif en droit français se justifie d'autant plus qu'elle contribuerait à clarifier la dis-

²⁴²⁴ V. notamment, L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, La Mémoire du Droit, 2008, Présentation S. GILBERT. Pour une étude récente des théories pragmatiques du droit, v. B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017.

inction entre la liberté de religion et le droit de la non-discrimination. Tandis que dans leur mise en œuvre, les deux dispositions sont souvent rapprochées, chevauchées, voire confondues, la subjectivisation de la liberté et l'objectivation de la discrimination permettraient de les distinguer. Il s'agirait alors d'orienter le droit de la non-discrimination sur l'appartenance, c'est-à-dire sur une logique de groupe.

Cette recomposition de la liberté de religion va de pair avec l'attention accrue portée par la théorie du droit au pluralisme. Celui-ci est d'abord sociologique. La protection de ce pluralisme confessionnel constitue d'ailleurs l'un des piliers du principe de laïcité. Mais le pluralisme peut aussi être juridique ; en ce sens il constitue un paradigme concurrent à notre système moniste, et la question de son introduction en droit français n'évoque principalement que d'insurmontables désaccords doctrinaux. Pourtant, l'adoption d'un prisme subjectif de la liberté de religion, centré sur la liberté de choix de l'individu et son pouvoir d'autodétermination interroge quant à savoir si les convictions religieuses, normes individuelles, ne seraient pas vectrices d'un pluralisme juridique radical. Nous avons alors imaginé le pluralisme juridique radical moins comme un nouveau paradigme du raisonnement juridique que comme un prisme de lecture des convictions religieuses. La valorisation d'une perspective pluraliste dans le raisonnement juridique contribuerait à réhumaniser le procès en promouvant une éthique du dialogue et de la compréhension interculturelle ; en imposant aux juges de s'intéresser aux normes particulières qui régissent le comportement des justiciables qui les invoquent (qu'elles soient philosophiques ou religieuses), le pluralisme contribue en effet à une bilatéralisation du vivre ensemble et à une logique pacifiée des rapports à la religiosité. Cette place laissée aux convictions religieuses est de surcroît conforme aux exigences du principe de laïcité, qui n'impose aucune obligation déontologique d'ignorance du fait religieux, mais plutôt d'impartialité à son égard. Du point de vue de la théorie du raisonnement, la laïcité s'envisage en effet comme une méthode qui enjoint à l'impartialité. Travailler avec ses préjugés pour rendre une décision qui en est dénuée, voilà la tâche essentielle du juge en matière religieuse. Cette impartialité-neutralité n'est envisageable que si elle est renforcée par trois mécanismes du raisonnement et de la procédure : l'argumentation, la collégialité et la motivation.

547. Une fois les fondements posés, l'édification d'une méthodologie de prise en compte des convictions religieuses s'est inspirée des mécanismes employés en droit européen des droits de l'homme. Dans un premier temps, il était donc nécessaire de construire une notion qui permettrait aux juges de procéder à la qualification juridique d'un fait religieux en conviction religieuse protégée par la liberté de religion. Il fallait identifier les critères d'appréciation des convictions protégées par ladite liberté, dont les convictions religieuses font partie. Conformément au tour-

nant subjectif, l'appréciation de l'applicabilité de la liberté de religion passe alors par l'identification de ces convictions protégées selon un prisme d'analyse centré sur l'individu et détaché de considérations en termes d'appartenance religieuse. Cette dernière ne pouvant être opposée à l'individu sans constituer une discrimination, elle peut toutefois être constitutive d'une présomption réfragable d'applicabilité de la liberté de religion, comme c'est d'ailleurs le cas dans le droit de la Cour EDH. La qualification juridique des convictions protégées passe alors par l'examen de leur sincérité, seul critère à disposition du juge pour apprécier l'applicabilité de la liberté de religion aux convictions avancées. L'appréciation juridictionnelle des convictions religieuses se tient ensuite dans le cadre du test de proportionnalité. Puisqu'elles constituent un objet de protection juridique, les convictions religieuses représentent donc un intérêt protégé qui doit être mis en balance avec les autres intérêts en jeu dans le litige. Tout l'enjeu du contrôle juridictionnel revient alors pour les juges à déterminer le poids de chacun des intérêts en jeu, y compris celui des convictions religieuses. C'est à ce stade de l'analyse que la force des convictions peut entrer en ligne de compte.

Cette appréciation des convictions religieuses confère aux juges judiciaires le pouvoir de les articuler avec l'ordre juridique étatique ; et la principale notion pouvant être invoquée pour les appuyer ou les contrebalancer s'incarne dans l'ordre public. En effet, les différentes conceptions de l'ordre public, national, européen ou international, en font un instrument tantôt de protection de la liberté de religion, tantôt de limitation de celle-ci. Bien que les critères d'utilisation de cette notion déterminent l'articulation à établir entre l'ordre juridique étatique et les convictions religieuses, celle-ci fait l'objet d'évolutions porteuses de mécanismes juridictionnels plus flexibles qui en recomposent les modes d'emploi et qui sont susceptibles de bouleverser, selon la perspective adoptée, la protection des convictions religieuses des justiciables.

CONCLUSION GENERALE

548. Les données du problème. Cette recherche avait débuté par une question : celle de savoir *comment* les juges judiciaires appréhendent les convictions religieuses des justiciables dans le respect du principe de laïcité. Un certain nombre de données relevait alors du champ d'analyse : le concept de « convictions religieuses », le principe de laïcité, le raisonnement employé par les juges judiciaires.

Nous avons constaté que la question religieuse a fait l'objet, depuis la Révolution française, d'une double évolution : une distanciation de l'ordre juridique étatique vis-à-vis des Églises et des ordres juridiques religieux, d'une part, une recomposition religieuse, d'autre part. Sur ce dernier point, il fut relevé que nos sociétés modernes ont été confrontées à un essor individualiste ayant entraîné la reconfiguration du concept de religion dans le droit. Cette individualisation du religieux, qui s'est traduite par le concept de « convictions religieuses », s'est alors présentée comme une grille de lecture indispensable à ce travail de recherche. Sans renier la dimension sociale de la religiosité, il s'agissait surtout de centrer le prisme d'analyse autour de l'individu et de l'exercice individuel de la liberté de choix religieux. Le droit privé s'est donc imposé comme le domaine privilégié de déploiement de cet individualisme religieux. L'étude du droit des personnes, du droit de la famille, du droit des contrats et de la responsabilité civile, du droit du travail, du droit médical, du droit pénal, mais aussi du droit européen des droits de l'Homme nous a permis de mettre en exergue la nature binaire du concept de « convictions religieuses » : composé d'un volet interne, qui s'incarne dans le sentiment religieux, et d'une dimension extériorisée de la conviction religieuse. À cet égard, comportements et pratiques religieuses se sont manifestés comme relevant tantôt de comportements religieux individuels, tantôt de comportements religieux collectifs.

Par ailleurs, nous avons observé que la sécularisation, d'abord, et l'individualisation du religieux, ensuite, ont contribué à nourrir des réactions sociales et juridiques de méfiance à l'égard du fait religieux et, par extension, du communautarisme entendu comme le rattachement excessif à une communauté. Elles ont conduit à un phénomène de polarisation du discours politique et juridique sur la laïcité, au bénéfice de la valorisation de sa compréhension philosophique. Selon cette perspective, la laïcité ne garantit plus la liberté de religion mais s'entend comme l'une de ses limites ; elle promeut, au nom d'une certaine conception du « vivre ensemble », une neutralité

religieuse partout, pour tous. Un tel contexte a contribué à susciter des hésitations jurisprudentielles quant à la façon d'appréhender les questions religieuses dans le raisonnement judiciaire. Le principe de laïcité française enjoint-il aux juges judiciaires d'ignorer les convictions religieuses des justiciables comme il enjoint l'État à ne pas reconnaître les religions ? La liberté de religion impose-t-elle à l'inverse de les reconnaître ? Une telle posture ne reviendrait-elle pas à enfreindre l'obligation de neutralité qu'impose le principe de laïcité aux juges judiciaires ?

La réponse à ces questions et à la problématique générale s'est articulée autour de deux grands pôles : celui du constat d'abord, celui de la proposition ensuite.

549. Un constat : l'identification de stratégies d'éviction de la donnée religieuse. Afin d'éviter « l'alternative lancinante ignorer/reconnaître »²⁴²⁵, les juges judiciaires ont élaboré une jurisprudence pragmatique qui dissimule le fait religieux dans la décision de justice. Cette appréhension nous est apparue comme relevant d'automatismes épistémologiques nourris par la compréhension française des notions d'universalité et d'égalité. Des stratégies méthodologiques destinées à évincer les convictions religieuses des justiciables du raisonnement judiciaire ont ainsi été déployées afin de s'assurer que celles-ci ne produisent aucun effet juridique²⁴²⁶. Elles prirent la forme tantôt d'un refoulement de la donnée religieuse, tantôt de son objectivation.

Dans le syllogisme, l'objectivation de la donnée religieuse intervient au stade de la qualification juridique des faits. Les juges emploient pour ce faire des notions au contenu en partie indéterminé, des standards juridiques tels que *l'intérêt de l'enfant* ou le *danger*, pour prendre silencieusement et indirectement en considération les convictions religieuses des justiciables. Il s'agit alors de n'en considérer que les conséquences visibles et les effets concrets, et de ne pas se saisir de la dimension normative de la croyance pour s'abstenir d'en évaluer le sens, voire de lui conférer une portée juridique. De la sorte, c'est à une prise en compte indirecte des convictions religieuses que procèdent les juridictions judiciaires : celles-ci ne comptent pas en tant que telles, mais par les conséquences qu'elles produisent. Elles ne sont alors pas juridiquement qualifiées comme l'objet d'une protection juridique (celle dont elles devraient pourtant jouir au titre de la liberté de religion), mais comme une donnée du litige, subsumée par le biais des standards juridiques.

Le refoulement de la donnée religieuse se traduit également par des postures destinées à expurger complètement le raisonnement juridique de tout élément religieux. La neutralisation de la décision de justice passe ainsi par des attitudes d'immobilisme judiciaire par lequel les tribunaux se délestent des questions religieuses en les reléguant à la volonté des parties ; d'inertie juridic-

²⁴²⁵ V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, CNRS Éditions, 2000, p. 173.

²⁴²⁶ V. ég. C. DELMAS, « La prise en compte judiciaire des convictions religieuses des justiciables », in *La laïcité dans la Justice, Rapport GIP*, sous la dir. de M. PHILIP-GAY, 2019, à paraître.

tionnelle lorsque la juridiction ne confère pas au litige qui lui est soumis une solution effective au regard de la liberté de religion ; voire d'ignorance totale de la donnée religieuse quand bien même celle-ci est invoquée ou transparaît de manière évidente.

550. Face à ces analyses, nous avons cherché à identifier les éventuelles limites de l'éviction des convictions religieuses des justiciables du raisonnement judiciaire, et d'en souligner les faiblesses. En dépit de la bienveillance qu'elles traduisent (les juges judiciaires tâchant de ne pas s'ingérer dans les consciences individuelles), ces stratégies peuvent toutefois avoir des conséquences néfastes sur la liberté de religion. À force de trop vouloir « faire comme si la religion n'existait pas »²⁴²⁷, à défaut d'analyser méthodiquement la liberté de religion, cette dernière semble perdre sa place fondamentale dans la motivation judiciaire. Elle ne figure que très rarement au visa des décisions. À la liberté de pensée, de conscience et de religion semble être associée une crainte : celle de donner la supériorité à la norme religieuse sur le droit civil dès lors qu'il est question de protéger la liberté de religion des individus. Pourtant, ni la laïcité, ni l'impartialité n'interdisent aux juges judiciaires de prendre en compte les convictions religieuses du justiciable lorsqu'elles sont présentes dans un litige. La neutralité du juge tient surtout à une conquête sur ses convictions personnelles, et non à une neutralité réglementaire relevant d'une logique d'abstention. En ce sens, la prise en compte judiciaire des convictions religieuses du justiciable lorsqu'est en jeu sa liberté de religion est une condition de l'impartialité du juge judiciaire. « La laïcité comme méthode n'interdit pas au juge d'aborder les questions religieuses, bien au contraire, car peut-on bien juger, "apprécier" si on ferme volontairement les yeux sur un élément du dossier ? »²⁴²⁸.

Ces stratégies juridictionnelles de refoulement du religieux de la décision de justice sont, en outre, symptomatiques d'une hypertrophie de la neutralité au détriment de la substance du litige qui concerne les convictions religieuses. L'utilisation de dispositifs « échappatoires » dissimulés derrière l'apparence d'une logique formelle « refoule la complexité née de la rencontre des différences et s'appuie sur une rhétorique simplificatrice. Il se caractérise par l'importance prise par la recherche de l'ordre dans l'agencement des arguments, au détriment de l'attention portée à la substance du conflit »²⁴²⁹.

²⁴²⁷ B. BONNET, « Prolégomènes », in *Penser les libertés après le 7 janvier 2015*, Lyon, 3 avr. 2015.

²⁴²⁸ J.-P. PIERRON, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les Cahiers de la justice*, 2018/3, p. 491, spéc. p. 495.

²⁴²⁹ H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389, p. 75, n° 44.

551. Nous avons alors proposé de substituer à cette approche une prise en compte explicite des convictions religieuses des justiciables. Une telle appréhension serait encadrée par une méthodologie rigoureuse construite autour de la subjectivisation de la liberté de religion et du contrôle de proportionnalité.

552. L'adoption d'un tournant subjectif. Juridiquement, c'est par le biais de l'autonomie personnelle que le « tournant subjectif »²⁴³⁰ peut s'opérer. Celui-ci correspond à une subjectivisation de la liberté de religion, et revient à faire de l'individu le seul apte à déterminer « dans quelle mesure les obligations de son groupe s'imposent à lui, ce dernier pouvant d'ailleurs choisir de ne pas s'y soumettre ou d'envisager d'autres obligations »²⁴³¹. Le tournant subjectif est particulièrement visible dans les jurisprudences d'Amérique du Nord, aux États-Unis comme au Canada, où le justiciable est placé à l'épicentre de sa liberté religieuse. C'est à partir de ce sous-bassement qu'une définition extensive de la liberté de religion, reposant sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu²⁴³², s'est progressivement imposée outre-Atlantique. Elle correspond à une évolution sociologique concomitante d'individualisation de la religion. Dès les débuts de la recherche, nous avons pu constater une redéfinition individualisée de la conception de la religion à l'aune d'une perspective caractéristique des paradigmes moderne et postmoderne²⁴³³. En adhérant à une religion, l'individu ferait germer des convictions religieuses personnelles dans son for interne. Ces convictions religieuses s'extériorisent et se manifestent par des comportements, des actes, des paroles, qui sont dictés par la conscience de l'individu, lequel a intégré les préceptes, les dogmes et les valeurs *qu'il a choisis* de la religion qu'il a *choisie*²⁴³⁴. Aussi, le constat s'est-il surtout présenté comme la traduction dans le contentieux judiciaire d'une réalité sociologique : celle du développement d'un religieux « à la carte »²⁴³⁵, d'un *forum shopping* par lequel l'individu s'émancipe de l'institution religieuse en exerçant sa liberté de choix.

Cette première recomposition ouvre la voie à une forme de reconnaissance juridique de la normativité religieuse individuelle (qui prend la forme de convictions religieuses), entendue comme le fait pour l'individu de se fixer lui-même des normes de conduite religieuse, sans néces-

²⁴³⁰ L'expression, traduite de l'anglais, est empruntée à A. SU, « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28.

²⁴³¹ C. LANDHEER-CIESLAK, « Le juge et la femme voilée : quelle neutralité pour la salle d'audience au Canada et au Québec ? », *JCP A*, 2018, n° 27, 2206.

²⁴³² CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 40.

²⁴³³ V. *supra* n° 35s.

²⁴³⁴ M. PENDU, *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER], p. 3. Sur la liberté du choix religieux, v. V. FORTIER, « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961 (voir p. 973).

²⁴³⁵ C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I], p. 6 ; v. en ce sens J.-A. DE CLERMONT : « Chacun “bricole” à sa manière son “menu”, prenant ici et là ce qui lui semble le plus adapté à son épanouissement individuel », J.-A. DE CLERMONT, « Comment le protestantisme français reçoit les formes du renouveau religieux », in *Sectes et laïcité*, sous la dir. de MIVILUDES, La documentation française, 2005, p. 158.

sairement respecter *in toto* les préceptes et les dogmes d'une religion. Mais elle éveille la crainte d'une concrétisation d'un pluralisme juridique porté par les droits fondamentaux, qui entre en conflit avec notre tradition moniste. C'est pourquoi nous avons proposé d'envisager le pluralisme juridique moins comme un bouleversement paradigmatique que comme un prisme de compréhension de la portée du concept de « convictions religieuses » dans le droit français. En ce sens, la reconnaissance du pouvoir normatif de la volonté individuelle en matière religieuse emploie les codes du pluralisme juridique radical, c'est-à-dire qu'elle conduit à admettre que l'individu puisse être créateur de droit et que ses convictions religieuses soient constitutives d'un ordre juridique dont l'existence est protégée par la liberté de religion. Cette reconnaissance répond dans le même temps aux finalités du pluralisme compréhensif, qui promeut l'ouverture au dialogue interculturel. Elle valorise à ce titre une démarche intersubjective et dialogique propice, selon nous, à apaiser les revendications identitaires en faisant « une juste place à la différence, à sa désignation, aux stratégies que son acceptation, et, dans une certaine mesure sa reconnaissance, devraient gouverner »²⁴³⁶.

553. Cette subjectivisation a aussi pour corrolaire la consolidation de la distinction entre la liberté de religion et la non-discrimination religieuse. Elle permet de conférer à chacune un prisme de lecture spécifique, l'un étant orienté sur l'individu (liberté de religion), et l'autre orienté sur l'appartenance religieuse (non-discrimination religieuse). Nous avons en effet constaté qu'au Canada, le rapprochement des protections offertes par les deux droits a mené à une confusion de méthode où les outils du droit de la discrimination – les accommodements raisonnables – sont mobilisés dans des raisonnements menés sous l'angle de la liberté de religion. En confiant à chacune un prisme de compréhension spécifique, l'individu pour la liberté de religion, le groupe pour la non-discrimination, il est ainsi possible d'éviter que les deux droits, souvent invoqués de concert, conservent leurs spécificités et leur propre méthodologie d'application.

554. Une proposition : la construction d'une méthodologie de prise en compte par les juges judiciaire des convictions religieuses. Le cadre épistémologique et théorique de la prise en compte des convictions religieuses par les juges judiciaires étant posé, nous avons ensuite envisagé la construction d'une méthodologie adaptée à cette prise en considération. Il s'agissait de proposer une méthode destinée à clarifier la jurisprudence judiciaire relative à la liberté de religion en conférant aux juges les outils et les étapes de sa protection. L'intégration des convictions reli-

²⁴³⁶ J.-M. BELORGEY, « Communautarisme ou universalisme : quel modèle ? », in *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, sous la dir. de V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRÉ, LGDJ, 2007, p. 27.

gieuses des justiciables dans le raisonnement judiciaire est ainsi passée par une première étape de détermination de la nature de cette notion juridique en devenir. Nous avons alors proposé que soit élaborée une notion constituant l'objet de la qualification juridique de la liberté de religion, c'est-à-dire d'une notion qui conditionnerait l'applicabilité de ce droit, car il n'en existe aucune en droit français, et le droit européen est peu clair sur la question. Très vite, nous avons choisi la notion de « convictions protégées », puisque la distinction selon que la conviction est religieuse ou philosophique ne revêt guère d'importance au regard de la protection juridique qui lui sera ensuite accordée. Si la notion englobe effectivement les convictions religieuses, le caractère religieux ne devrait point constituer un élément soumis à l'appréciation juridique – laïcité oblige. Nous avons dès lors proposé qu'un principe matriciel guide l'examen d'applicabilité de la liberté de pensée, de conscience et de religion : celui de l'autoréférencement individuel, en vertu duquel seul l'individu est doté du pouvoir de qualifier le caractère religieux ou non de sa croyance. Le critère d'appréciation demeurant à la portée du juge réside alors, à l'instar du droit canadien, dans l'examen de la sincérité de la conviction revendiquée.

Cette grille de lecture doit être maintenue lors de la deuxième phase de qualification juridique, celle de l'identification d'une manifestation de la conviction en cause. Les convictions ayant passé le test de sincérité doivent en effet subir cet examen complémentaire afin de circonscrire l'appréciation juridique hors du for intérieur du justiciable. Là encore, nous avons considéré que le prisme subjectif devrait guider le raisonnement, afin qu'il ne puisse être requis de celui qui soutient qu'un acte relève de son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions qu'il établisse qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question. Pour le juge judiciaire, cela suppose de s'en remettre à l'auto-qualification de la manifestation de la religion ou de la conviction par le croyant, dès lors qu'elle n'est ni déraisonnable ni dépourvue de fondement. Identifier la manifestation de religion ou de conviction permet, en outre, d'examiner la réalité de la restriction que le requérant estime avoir été imposée à sa liberté de religion, autrement dit de déterminer si et dans quelle mesure elle a été restreinte ou s'il lui a été porté atteinte.

555. Une fois que nous avons déterminé la notion de « convictions religieuses », et après en avoir précisé les critères de caractérisation – ce qui confère aux juges les outils de qualification juridique de la notion –, il était nécessaire de délimiter le rôle que les convictions religieuses pouvaient jouer dans le raisonnement judiciaire. En tant qu'objet de protection, celles-ci peuvent s'analyser comme des *intérêts* protégés par la liberté de pensée, de conscience et de religion, que le contrôle de proportionnalité vise à mettre en balance avec les autres intérêts en jeu dans le cadre des litiges. En ce sens, elles constituent une donnée à part entière du contrôle de proportionnalité

et doivent, par conséquent, faire l'objet d'une évaluation destinée à déterminer leur commensurabilité – c'est-à-dire le poids qu'elles sont susceptibles de peser dans la balance. Dans ce cadre, la pesée doit s'effectuer selon une grille à double entrée : *in abstracto* et *in concreto*. Ces deux degrés d'analyse se combinent pour permettre de déterminer, sans élaborer de nomenclature *a priori*, lequel des intérêts en jeu peut prévaloir sur l'autre dans le cas particulier soumis à l'examen judiciaire. Le juge judiciaire doit d'abord se livrer à une pesée abstraite, qui tient à l'identification de la personne titulaire des convictions protégées. La valeur d'un intérêt protégé sera alors renforcée pour certaines catégories de personnes vulnérables, telles que les mineurs ou les détenus. À cette pesée abstraite s'ensuit une pesée concrète, qui porte sur le degré d'atteinte à l'intérêt protégé. Ici, la valeur de l'intérêt protégé doit être corrélée à l'étendue de l'atteinte qui est portée au droit afférent, et à l'existence de solutions moins attentatoires à celui-ci. C'est à ce stade seulement que le juge judiciaire peut évaluer la force de la conviction en question. Il s'agit alors pour le juge de se livrer à l'examen de la *force normative* de cette conviction. Plus une conviction religieuse sera tenue et respectée fermement, plus elle aura, aux yeux de l'individu, une force normative contraignante, et plus l'atteinte qui lui est portée est susceptible d'avoir d'importantes conséquences.

Cette évaluation subjective et individualiste de la conviction religieuse laisse néanmoins des interrogations en suspens. « [N]e revient-elle pas à protestantiser le catholicisme ou l'islam, tout en accordant une prime aux interprétations les plus rigides et les plus dogmatiques des obligations religieuses ? »²⁴³⁷. On peut imaginer qu'en soumettant la pesée des convictions religieuses, en tant qu'intérêt protégé par la liberté de religion, à l'évaluation de leur force, le contrôle de proportionnalité privilégie les convictions les plus radicales, au détriment des convictions religieuses « modérées ». Une conviction modérée n'est-elle pas, *in fine*, moins susceptible de se présenter devant les tribunaux compte-tenu de sa plus grande « flexibilité » ?

556. Toutefois, parce que la consécration d'effets juridiques aux convictions religieuses protégées revient à admettre leur portée normative, celles-ci font alors l'objet d'une articulation avec l'ordre juridique étatique que la notion d'ordre public a vocation à organiser. Or, les reconfigurations récentes de cette notion évoluent vers son instrumentalisation au service d'une restriction croissante de la liberté de religion individuelle. On ne peut que craindre le déploiement d'une telle compréhension de l'ordre public dans le raisonnement judiciaire, compte-tenu du rôle que la notion est susceptible de jouer à l'encontre de la protection des convictions religieuses individuelles. Les juges judiciaires ne devraient-ils pas veiller à limiter le développement d'une logique abductive construite sur la base d'une évolution sociétale liberticide ? Pour cela, remettre au pre-

²⁴³⁷ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Au-delà de “Dr Jekyll et Mr Hyde” », in *L'accommodement de la diversité religieuse - Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, p. 17, P.I.E. Peter Lang, 2015, spéc. p. 21.

mier plan du raisonnement juridique la liberté de religion, l'étayer d'une argumentation construite sur la base du contrôle de proportionnalité et appuyée par une motivation étendue nous semble un garde-fou essentiel aux risques liés à leur éviction.

« C'est ainsi, les rapports entre ordres juridiques bousculent et contraignent au regard sur soi et même à une forme d'introspection. Réflexion sur les outils, sur les méthodologies, sur les équations, voilà ce que ces rapports rendent indispensables, sauf à courir le risque de flirter avec l'obsolescence »²⁴³⁸.

²⁴³⁸ B. BONNET, « Introduction », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), LGDJ, 2916, p. 33.

ANNEXE

Le sentiment religieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

DÉCISION	ARTICLES INVOQUÉS	DROITS MIS EN BALANCE	RÉFÉRENCE AUX SENTIMENTS RELIGIEUX	RELIGION*	VIOLATION
Com. EDH [plén.], <i>X. Ltd et Y. c. Royaume-Uni</i> , 7 mai 1982, req. n° 8710/79	7 § 1 10	Liberté d'expression <i>vs.</i> Liberté de religion	But légitime de protection des droits et libertés d'autrui	Catholique	Irrecevable (défaut manifeste de fondement)
Cour EDH, <i>Otto-Preminger-Institut c. Autriche</i> , 20 sept. 1994, req. n° 13470/87	10	Liberté de création artistique (art. 10) <i>vs.</i> Droit au respect des sentiments religieux (art. 9)	But légitime de protection des droits et libertés d'autrui	Catholique	Non
Cour EDH, <i>Wingrove c. Royaume-Uni</i> , 25 nov. 1996, req. n° 17419/90	10	Droit à communiquer des idées (art. 10) <i>vs.</i> Droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux (art. 9)	But légitime de protection des droits et libertés d'autrui	Catholique	Non
Com. EDH [plén.], <i>Dubowska c. Pologne</i> , 18 avr. 1997, req. n° 33490/96, 34055/96	6 § 1 9 § 1	Ø (obligations positives)	Obligation positive (art. 9)	Catholique	Irrecevable (défaut manifeste de fondement)
Com. EDH [déc.], <i>Kubalska et Kubalska-Holuj c. Pologne</i> , 22 oct. 1997, req. n° 35579/97	9 10 + 14 6	Ø (obligations positives)	Obligation positive (art. 9)	Catholique	Irrecevable (défaut manifeste de fondement) Incompatibilité <i>ratione materiae</i> (pour l'art. 6)
Cour EDH, <i>Dalhab c. Suisse</i> , 15 févr. 2001, req. n° 42393/98	9	Droit au respect des sentiments religieux d'enfants en bas-âge (art. 9) <i>vs.</i> Liberté de manifester sa religion ou ses convictions (art. 9)	But légitime de protection des droits et libertés d'autrui	Musulmane	Irrecevable (défaut manifeste de fondement)
Cour EDH, <i>Sadik Amet et autres c. Grèce</i> , 10 oct. 2002, req. n° 64756/01	9	Ø (pas d'ingérence dans l'art. 9)	Caractérisation de l'ingérence	Musulmane	Irrecevable (défaut manifeste de fondement)
Cour EDH [déc.], <i>Sofianopoulos, Spaidiotis, Metallinos et Kontogiannis c. Grèce</i> , 12 déc. 2002, req. n° 1988/02, 1997/02, 1977/02	9 6 § 1	Ø (pas d'ingérence dans l'art. 9)	Caractérisation de l'ingérence	Non spécifié	Irrecevable (défaut manifeste de fondement)
Cour EDH, <i>I.A. c. Turquie</i> , 13 sept. 2005, req. n° 42571/98	10	Droit de communiquer au public ses idées sur la théorie religieuse (art. 10)	Existence d'un besoin social impérieux justifiant la	Musulmane	Non

		<i>vs.</i> Droit au respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9)	restriction à la liberté d'expression		
Cour EDH, <i>Öllinger c. Autriche</i> , 29 juin 2006, req. n° 76900/01	11 9 10 14	Droit à la liberté de réunion pacifique (art. 11) et à la liberté d'expression (art. 10) <i>vs.</i> Droit d'une association à la protection contre toute perturbation de son rassemblement (art. 11) et droit des visiteurs d'un cimetière à la protection de leur liberté de manifester leur religion (art. 9)	Proportionnalité de la mesure	Non pertinent	Violation de l'article 11 <i>Liberté de réunion et d'association (Article 11-1 - Liberté de réunion pacifique)</i> Pas d'examen séparé des art. 9, 10 et 14
Cour EDH, <i>Klein c. Slovaquie</i> , 31 oct. 2006, req. n° 72208/01	10	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	But légitime	Catholique	Oui
Cour EDH, <i>Hasan et Eylem Zengin c. Turquie</i> , 9 oct. 2007, req. n° 1448/04	2-P1 9	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Obligation positive (référence indirecte <i>via</i> le respect des	Alévie	Violation de l'art. 2-P1 <i>Aucune question distincte au regard de l'art. 9</i>
			convictions religieuses des parents)		
Cour EDH, <i>Kutlular c. Turquie</i> , 29 avr. 2008, req. n° 73715/01	10	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Nécessité de l'ingérence dans une société démocratique (marge d'appréciation, proportionnalité) (référence indirecte <i>via</i> l'expression « convictions personnelles intimes)	Non pertinent	Oui
Cour EDH, <i>Mehmet Gevher Ilhan c. Turquie</i> , 13 janv. 2009, req. n° 15719/03	10	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Proportionnalité (référence indirecte)	Non pertinent	Oui
Cour EDH [déc.], <i>Skugar et autres c. Russie</i> , 3 déc. 2009, req. n° 40010/04	9	Ø (pas d'ingérence dans l'art. 9)	Caractérisation de l'ingérence (référence indirecte <i>via</i> le « bien-être spirituel »)	Église Orthodoxe	Irrecevabilité (défaut manifeste de fondement)

Cour EDH, <i>Dimitras et autres c. Grèce</i> , 3 juin 2010, req. n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08	13 9	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Principes généraux (référence indirecte <i>via</i> l'aspect négatif de la liberté de manifester ses convictions religieuses)	Juive Athéisme	Oui
Cour EDH [G.C.], <i>Lautsi et autres c. Italie</i> , 18 mars 2011, req. n° 30814/06	2-P1	Ø (obligation positive)	Obligation positive (référence indirecte <i>via</i> le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques)	Catholique	Non
Cour EDH, <i>Dimitras et autres c. Grèce (n° 2)</i> , 3 nov. 2011, req. n° 34207/08, 6365/09	9 13	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Principes généraux (référence	Juive Athéisme	Oui
			indirecte <i>via</i> l'aspect négatif de la liberté de manifester ses convictions religieuses)		
Cour EDH, <i>V.K. c. Croatie</i> , 27 nov. 2012, req. n° 38380/08	12	Ø (pas d'intérêts privés en conflit)	Proportionnalité (référence subsidiaire)	Catholique	Oui
Cour EDH, <i>E.S. c. Autriche</i> , 25 oct. 2018, req. n° 38450/12	10	Droit de communiquer au public son opinion sur une doctrine religieuse (art. 10) <i>vs.</i> Droit d'autrui au respect de sa liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9)	But légitime de protection des droits et libertés d'autrui	Musulmane	Non

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

A

- AJAR, E., *La vie devant soi*, 1975
- ARENDT, H., *La crise de la culture*, Gallimard, 1972
- ARISTOTE, *L'Éthique à Nicomaque*, Livre I
- ATIAS, C., *Epistémologie juridique*, 1 éd., Dalloz, 2002
- , *Philosophie du droit*, 3 éd., PUF, 2012
- AUBERT, J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 8 éd., Dalloz, 2000
- AUDIT, B., *Droit international privé*, 4 éd., Economica, 2006
- AUZERO, G. et E. DOCKES, *Droit du travail*, 30 éd., Dalloz, 2016

B

- BARBIER, M., *La laïcité*, L'Harmattan, 1995
- BASTIDE, R., *Anthropologie appliquée*, Stock, 1998
- BATIFFOL, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, (parution initiale : 1956)
- , *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e éd., LGDJ, 1955
- BAUBÉROT, J., *Histoire de la laïcité en France*, 7 éd., PUF, 2017
- BÉNABENT, A., *Droit des obligations*, 15 éd., LGDJ, 2016
- BERGEL, J.-L., *Méthodologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2016
- , *Théorie générale du droit*, 5 éd., Dalloz, 2012
- BILLIER, J.-C., *Introduction à l'éthique*, PUF, 2014
- BRUN, H., P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, Wilson & Lafleur, 2016
- BUFFELAN-LANORE, Y et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, biens, personnes famille*, 19 éd., Sirey, 2015
- BUREAU, D. et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, 4 éd., PUF, 2017

C

- CARBONNIER, J., *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, 21 éd., PUF, 2002, t. 2
—, *Droit Civil. La famille, les incapacités*, 15 éd., PUF, 1992
—, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996
—, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 éd., LGDJ, 2014
—, *Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 1 éd., PUF, 2004, vol. 1
—, *Les obligations*, 22 éd., PUF, 2000
—, *Sociologie juridique*, 3 éd., PUF, 2016
CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2016
CONTE, P., *Droit pénal spécial*, 5 éd., LexisNexis, 2016
CORNU, G., *Droit civil, Introduction au droit*, 13 éd., Montchrestien, 2007
—, *Vocabulaire juridique*, 11 éd., PUF, 2016
COUSIN, V., *Leçons sur la philosophie de Kant*, 3 éd., Librairie nouvelle, 1857
CRUET, J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908
CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010

D

- DAIX, P., *Braudel*, Flammarion, 1995, (transcription d'une entrevue avec Jean-Claude BRINGUIER, diffusée en août 1994)
DE STAËL, G., *De la littérature*, (1800), Flammarion, 1991
DELMAS-MARTY, M., *Vers un droit commun de l'humanité*, 2 éd., Textuel, 2005
DELPEUCH, T., L. DUMOULIN et C. DE GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014
DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, La Mémoire du Droit, 2001
DEMOLOMBES, C., *Cours de Code Napoléon*, A. DURAND et L. HACHETTE, 1860, t. 1
DEUMIER, P., *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015
DEVLIN, P., *The enforcement of morals*, 1965, vol. 3
DREYER, E., *Droit pénal spécial*, 3 éd., Ellipses, 2016
DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3 éd., E. de Boccard, 1927, t. I
—, *Traité de droit constitutionnel*, 2 éd., Editions de Boccard, 1925, t. V
DUPRÉ DE BOULOIS, X., *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010

E

- ELIADE, M., *Le sacré et le profane*, Gallimard, Folio, 1965 (impr. 2018)
ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éditions Panthéon-Assas, 2001

F

FABRE-MAGNAN, M., *L'institution de la liberté*, PUF, 2018
FAVOREU, L., et al., *Droit constitutionnel*, 19 éd., Dalloz Précis, 2016
FLOUR, J., *Cours de droit civil*, Les cours du droit, 1964-1965
FRYDMAN, B. et G. HAARSHER, *Philosophie du droit*, 3 éd., Dalloz, 2010
FRYDMAN, B., *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3 éd., Bruylant, 2011
FULCHIRON, H. et P. MALAURIE, *Droit de la famille*, 6 éd., LGDJ, 2017
—, *Droit de la famille*, 5 éd., LGDJ, 2016

G

GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., LGDJ, 1932, t. I
—, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., F. Pichon et Durand-Auzias, 1919, t. II
—, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1914-1924, t. I-IV
GARAPON, A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010
GASSIN, R., S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, 7 éd., Dalloz, 2011
GOUTTENOIRE, A. et P. BONFILS, *Droit des mineurs*, 2 éd., Dalloz, 2014
GRÉARD, M., *La législation de l'instruction primaire en France depuis 1789 jusqu'à nos jours. Recueil des lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, décisions, avis, projets de lois, avec une introduction historique et une table analytique*, 2 éd., Librairie de MM. Delalain frères, 1899, t. V. De 1879 à 1887
GRENIER, H., *La liberté heureuse*, Grasset, 2003
GUINCHARD, S. et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24 éd., Dalloz, 2016-2017
GUINCHARD, S., A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 14^e éd., Dalloz, 2017
GUINCHARD, S., C. CHESNAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 32 éd., Dalloz, 2014
—, *Procédure civile*, 33 éd., Dalloz, 2016
GURVITCH, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935

H

HABERMAS, J., *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978, éd. originale : *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand, 1962
HAFTTEL, B., *Droit international privé*, 1 éd., Dalloz, 2018
HEGEL, G. W. F., *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, Gallimard, 1954
HENNETTE-VAUCHEZ, S. et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2 éd., Dalloz, 2015
HUME, D., *Traité de la nature humaine. L'entendement*, 1739
HUYGHE, R., *Dialogue avec le visible*, Flammarion, 1955

J

JAMIN, C. et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018
JANKÉLÉVITCH, V., *Traité des vertus*, 2 éd., Flammarion, 1986, vol. ii. Les Vertus et l'amour

JESTAZ, P., *Le droit*, 9 éd., Dalloz, 2016

JOLY-HURARD, J., *La déontologie du magistrat*, 3 éd., Dalloz, 2014

K

KANT, E., *Fondements de la métaphysique des moeurs*, 1785

KINSCH, P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, vol. 318

L

LÉVI-STRAUSS, C., *Tristes tropiques*, Plon, 1955

LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3 éd., PUF "Quadrige", 2010

LAMBERT, E., *La fonction du droit civil comparé*, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1903, t. I

LAZSLO-FENOUILLET, D., *La conscience*, LGDJ, 1993

LE BRAS, G., *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*, PUF, 1945, t. II

—, *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse en France*, PUF, 1942, t. I

LEPAGE, A. et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015

LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance*, Flammarion, 2007

M

MAC CORMICK, N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit par J. GAGEY, PUF, 1996

MARGUÉNAUD, J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7 éd., Dalloz, 2016

MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit Civil, Les personnes*, 3 éd., Sirey, 1976

MATHIEU, M.-L., *Logique et raisonnement juridique*, 2 éd., PUF, 2015

MAURIAC, F., *Mémoires intérieurs*, 1959

MAUSS, M., *Oeuvres*, Éditions de Minuit, 1968, t. 1

MESSNER, F., P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, 2 éd., LexisNexis, 2013

MESURE, S. et A. RENAUT, *Alter Ego, les paradoxes de l'identité démocratique*, Flammarion, 1999

MEYER, M., *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Klincksieck, 1979

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748

MOREL, R., *Traité élémentaire de procédure civile*, 2 éd., Sirey, 1949

MORVAN, P., *Criminologie*, LexisNexis, 2013

MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002

MOURGEON, J., *Les droits de l'homme*, 8 éd., PUF, 2003

N

NIBOYET, M.-L. et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6 éd., LGDJ, 2017

NIETZSCHE, F., *Le gai savoir*, 1887

O

OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002

—, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989

—, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988

P

PELLET, A. et A. MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de DIPublic*, Dalloz, 2015

PERREAU, E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Librairie des sciences politiques et sociales, 1923, t. 1

PHILIP-GAY, M., *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 1 éd., LGDJ, 1899, t. 1

POPPER, K., *La Société ouverte et ses ennemis*, traduit par J. BERNARD et P. MONOD, Seuil, 1979, t. 1 : L'Ascendant de Platon

R

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, HUP, 1971

RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2012

RICOEUR, P., *Du texte à l'action, essais d'herméneutique*, 1986, t. II

—, *Le conflit des interprétations*, 1969

RIGAUX, F., *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, 1974

RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, 2 éd., LGDJ, 1955

RIVERO, J., *Les libertés publiques*, PUF, 2003, t. II

ROBERT, J. et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8 éd., Montchrestien, 2009

ROCHFELD, J., *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013

ROUBIER, P., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 2005

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., LGDJ, 2016

S

SAINT-EXUPÉRY, A. DE, *Citadelle*, 1948

SALEILLES, R., *L'individualisation de la peine*, 1898

SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, traduit par P. MAYER, 2^e éd., Dalloz, 2002

- SARTRE, J.-P., *L'imaginaire (1940)*, Gallimard, 1971
 —, *Huis clos*, Gallimard, 1947
 SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14 éd., PUF, 2019, avec la collaboration de L. MILANO et H. SURREL
 —, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., PUF, 2016
 —, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12 éd., PUF, 2015
 SUDRE, F., et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8 éd., PUF, 2017
 —, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7 éd., PUF, 2015
 SULLIVAN, K. M. et G. GUNTHER, *Constitutional Law*, 14 éd., Foundation Press, 2001

T

- TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 10 éd., Dalloz, 2015
 TIMSIT, G., *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 1986
 TRIBE, L. H. , *American Constitutional Law*, 1 éd., The Foundation Press, 1978
 —, *American Constitutional Law*, 2 éd., The Foundation Press, 1988

V

- VÉRON, M., *Droit pénal spécial*, 15 éd., Sirey, 2015
 VIALA, A., *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010
 VIRALLY, M., *La pensée juridique*, LGDJ, 1960
 VON JHERING, R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit par O. De MEULENAERE, 3 éd., A. de Marescq aîné, 1877, t. 1
 VON SAVIGNY, F. C., *Traité de droit romain*, traduit par Trad. De l'allemand par C. GUENOUX, F. Didot frères, 1855-1860, t. 1

Z

- ZENATI-CASTAING, F. et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006

OUVRAGES SPECIAUX

A

- ABOU, S., *Cultures et droits de l'homme. Leçon prononcées au Collège de France (mai 1990)*, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2002
 ALLAMEL-RAFFIN, C. et J.-L. GANGLOFF, *La raison et le réel*, Ellipses, 2007

- ARNAUD, A.-J., *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ, 1989
 —, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991
 AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, 3 éd., PUF, 1997

B

- BANON, P., *Dieu et l'entreprise : comprendre et gérer les cultures religieuses*, D'Organisation, 2006
 BARRAUD, B., *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017
 —, *Théories du droit et pluralisme juridique. Tome I : Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique*, PUAM, 2016
 —, *Théories du droit et pluralisme juridique. Tome II : La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, PUAM, 2016
 BARTHÈS, R., *Le neutre. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Seuil, 2002
 BAUBÉROT, J., *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2015
 BECCARIA, A., *Des délits et des peines*, 1764
 BESSON, S., *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997
 BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. GIAPPICHELLI, 1960
 BOUILLON, H., *La technique juridique. Essai*, L'Harmattan, 2016
 BOYER, A., 1905 : *La Séparation Églises-État. De la guerre au dialogue*, Éd. Cana, 2004
 —, *Le droit des religions en France*, PUF, 1993
 BURGAT, F., *L'islamisme en face*, 2 éd., La Découverte, 2007

C

- CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Humanité et souveraineté : essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, 1995
 CHERNUS, I. et E. T. LINENTHAL, *A Shuddering Dawn: Religious Studies and the Nuclear Age*, SUNY Press, 1989
 CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 3 éd., LGDJ, 2008
 CHRISTIANO, K. J., W.H. SWATOS JR et P. KIVISTO, *Sociology of Religion : Contemporary Developments*, 3e éd., Rowman & Littlefield, 2016
 COHEN, A.K., *Delinquent boys (the culture of the gang)*, The free press, 1955
 COHEN, S.D., *Why aren't Jewish Women Circumcised ? Gender & Covenant in Judaism*, University of California Press, 2005
 COLAIANNI, N., *Confessioni religiose e intense. Contributo all'interpretazione repubblicana. Frammento per un progetto di manuale*, Giappichelli, 1990
 CONDILLAC, E.-B. DE, *La Logique ou les premiers développements de l'art de penser*, an III
 CRUZ, P. VARJAO, *Le "droit pénal de l'ennemi". Du phénomène au paradigme*, Éditions universitaires européennes, 2011

D

- DÉPREZ, J., *Droit international privé et conflits de civilisations : aspects méthodologiques*, Recueil de cours de La Haye, 1989, vol. 211
- DARCOS, X., *L'État et les Églises, La question laïque*, Odile Jacob, 2006
- DE LAGARDE, G., *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Âge*, Éditions Béatrices, 1934, t. 2
- DE LAMARTINE, A., *Discours prononcé dans la séance publique tenue par l'Académie française pour la réception de M. Lamartine, le 1er avril 1830*, Imprimerie Firmin Didot, 1830
- DE PAGE, H., *À propos du gouvernement des juges - L'équité en face du droit*, Sirey, Bruylant, 1931
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2014, t. 371
- DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006
- , *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, 2011
- DELUMEAU, J., *Des religions et des hommes*, Desclée de Brouwer, 1997
- DORD, O., *Laïcité : le modèle français sous influence européenne*, Fondation R. Schuman, 2004
- DOWNES, D.M., *The delinquant solution*, Routledge and Kegan, 1966
- DOYTCHEVA, M., *Le multiculturalisme*, La Découverte, 2011
- DUGUIT, L., *Le pragmatisme juridique*, La Mémoire du Droit, 2008, Présentation S. GILBERT
- DURKHEIM, E., *De la Division du Travail Social*, 4 éd., Alcan, 1922
- , *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 4 éd., PUF, 1998

F

- FENOUILLET, D. et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
- FLANAGAN, K. et P. C. JUPP, *A Sociology of Spirituality*, Aldershot, 2007
- FOESSEL, M. et F. LAMOUCHE, *Anthologie Paul Ricoeur*, Seuil, 2007
- FOREY, E., *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, PU Strasbourg, coll. Société, Droit et Religion en Europe, 2007
- FORTIER, V., *Justice, religions et croyances*, CNRS Éditions, 2000
- FOUCAULT, M., *Dits et écrits (1954-1988)*, Gallimard, 1994, t. II
- , *Naissance de la biopolitique*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Cours au Collège de France 1978-1979
- , *Sécurité, territoire, population*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Cours au Collège de France 1977-1978

G

- GADAMER, H.-G., *Wahrheit und Method*, 4 éd., J. C. B. Mohr, 1975
- GANNAGÉ, L., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de culture*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2013
- GARAUD, M., *La Révolution française et la famille*, PUF, 1978
- GAUCHET, M., *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002
- , *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1985

- GAUDEMET-TALLON, H., *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, vol. 312
- GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Oxford : Clarendon Press, 1987
- GIDDENS, A., *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1991
- GIUDICELLI, A., J.-P. JEAN et M. MASSÉ, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009
- GRILLO, R. D., *Pluralism and the Politics of Difference. State, Culture and Ethnicity in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1998
- GURVITCH, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935

H

- HABERMAS, J., *De l'éthique de la discussion (1991)*, traduit par M. HUNYADI, Cerf, 1992
- HAURIOU, M., *Aux sources du droit - Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1928
- HENLEY, W. E., *Invictus*, 1875
- HENNETTE-VAUCHEZ, S. et V. VALENTIN, *Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, LGDJ, 2014
- HENRY, M., *Les jeunes en danger : le champ d'application de l'assistance éducative*, Vaucresson, CFRES, 1972
- HERVIEU-LÉGER, D. et J.-P. WILLAIME, *Sociologies et religion : approches classiques*, PUF, 2001
- HUNTINGTON, S. P., *Le choc des civilisations*, Éditions Odile Jacob, 1997

I

- IVAINER, T., *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, LGDJ, 1988

J

- JACOB, R., *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014
- JAMES, W., *L'expérience religieuse. Essai de psychologie descriptive*, traduit par F. ABAUZIT, Alcan, Kündig, 1906
- JESTAZ, P., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968
- JOURDAIN, C., *Le budget des cultes en France depuis le concordat de 1801 jusqu'à nos jours*, Hachette et Cie, 1859

K

- KIMLICKA, W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford University Press, 1989
- , *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, 1995
- KITE, M. et B. WHITLEY, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, traduit par T. ARCISZEWSKI, De Boeck, 2013
- KUENGIENDA, M., *République, Religion et Laïcité. De l'humanisme aux droits de l'homme*, L'Harmattan, 2010

L

- LALOUETTE, J., *La Libre-pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001
- , *La séparation des Églises et de l'État. Genèse et développement d'une idée. 1789-1905*, Seuil, 2005
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921
- LASSERRE, V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015
- LAVIELLE, B., *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008
- LEGENDRE, P., *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 2005, éd. originelle : 1974
- LENOIR, F., *Petit traité d'histoire des religions*, Plon, 2008
- LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010
- LONG, M., *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUF, 1995

M

- MÜLLER, M., *Proportionnalité. Le Rubik's cube du droit*, Stämpfli Editions, 2016
- MACLURE, J. et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, 2010
- MADRANGES, E., *Les palais de justice de France*, LexisNexis, 2011
- MARCHAL, G., *Essais sur le fait religieux*, Berger-Levrault, 1954
- MERCIER, P., *Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, 1972
- MICHON-TRAVERSAC, A.-S., *La citoyenneté en droit public français*, LGDJ, 2009
- MOECKLI, D., *Exclusion From the Public Space : A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2016
- MUIR WATT, H., *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*, édité par BRILL, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2018, vol. 389
- MUZNY, P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005

O

- OGIEN, R. et C. TAPPOLET, *Les concepts de l'éthique. Faut-il être conséquentialiste ?*, Hermann, 2009
- OGIEN, R., *La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale*, La musardine, 2007
- , *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine, et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011
- OST, F., *Dire le droit, faire justice*, 2 éd., Bruylant, 2012

P

- PERELMAN, C., *Éthique et droit*, 2 éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012
- , *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2 éd., Dalloz, 1979
- PERELMAN, C. et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984

POSNER, R. A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003

POULAT, E., *La solution laïque et ses problèmes*, Berg International, 1997

Q

QUAL, L. DI, *La compétence liée*, LGDJ, 1964

QUINET, E., *Du génie des religions*, Charpentier, 1842

R

RAYNAUD, P., *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Gallimard, 2019

RENAUT, A., *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009

RIGAUX, F., *La loi des juges*, Éd. O. Jacob, 1997

ROSENFELD, M., *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, University of California Press, 1998

—, *Les interprétations justes*, traduit par G. WARLAND, Bruylant-LGDJ, 2000

ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, 1929

S

SULLIVAN, W. F., *The Impossibility of Religious Freedom*, 2 éd., Princetown University Press, 2018

SUREAU, F., *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*, Tallandier, 2017

T

TAWIL, E., *Norme religieuse et droit français*, PUAM, 2005

TAYLOR, C., *Multiculturalisme - Différence et démocratie*, Éditions Aubier, 1992

TEUBNER, G., *Droit et réflexivité*, LGDJ-Kluwer, 1994

TODOROV, T., *La peur des barbares. Au-delà du choc des civilisations*, Robert Laffont, 2008

TOURAINÉ, A., *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Fayard, 1994

TRUCHE, P., *Juger, être jugé : le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001

TYLOR, E. B., *Primitive Culture: Researches Into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, 1ère éd., éd. John Murray, 1871

V

VAN DROOGHENBROECK, S., *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, Larcier, 2006, vol. 2

—, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001

VANDERLINDEN, J., *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, 2013
VERDIER, P., *L'autorité parentale - Le droit en plus*, Bayard, 1993
VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013
VIRALLY, M., *La pensée juridique*, LGDJ, 1960

W

WALZER, M., *On Toleration*, Yale University Press, 1997
WEBER, M., *Sociologie des religions*, 2 éd., Gallimard, 2006
WIEVIORKA, M., *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, Éditions de l'Aube, 2005
WITTGENSTEIN, L., *Recherches philosophiques*, traduit par F. DASTUR, Gallimard, 2004

CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE

A

ABDELHAMID, H., « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 135
ABEL, O., « Laïcité, sécularité, urbanité », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 27
AFROUKH, M., « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 37

B

BADER, V., « Legal Pluralism and Differentiated Morality : Shari'a in Ontario ? », in *Legal Practice and Cultural Diversity*, sous la dir. de R. GRILLO, et al.R. BALLARDA. FERRARIA. HOEKEMAM. MAUSSEN. SHAH, Ashgate, 2009, p. 49
BAREÏT, N., « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, sous la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et F. RIEM, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 51
BAUBÉROT, J., « Conclusion », in *Religions et laïcité dans l'Europe des Douze*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, Syros, 1994, p. 281
BAUBÉROT, J. et M. MILOT, « Introduction. Laïcité, laïcités : pistes de réflexion et d'analyse », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 11
BERLIN, I., « Deux conceptions de la liberté », in *Éloge de la liberté (1969)*, Calmann-Lévy, 1990
BIOY, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 21

- BONNET, B., « 7. La place de la CEDH », in *Le raisonnement juridique, Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 153
- , « Présentation », in *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. CAUDAL, Dalloz, 2013, p. 211
- BRELICH, A., « Prolégomènes à une histoire des religions », in *Histoire des religions*, sous la dir. de H.-C. PUECH, Gallimard, 1976, vol. 1, p. 3

C

- CALVÈS, G., « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in *La non-discrimination entre les européens*, sous la dir. de F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER, Pedone, 2012, p. 9
- CANTO-SPERBER, M., « Les limites de la tolérance », in *Jusqu'où tolérer ?*, sous la dir. de R.-P. DROIT, Le monde Éd., 1996, p. 131
- CARBASSE, J.-M. et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Présentation », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 7
- CARBONNIER, J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 99
- CHELINI-PONT, B., « L'émergence normative du pluralisme religieux ? Prospective sur les transformations de la laïcité française », in *Liberté religieuse et cohésion sociale : la diversité française*, sous la dir. de F. FABERON-TOURETTE, PUAM, 2015, p. 63
- CLERMONT, J.-A. DE, « Comment le protestantisme français reçoit les formes du renouveau religieux », in *Sectes et laïcité*, sous la dir. de MIVILUDES, La documentation française, 2005, p. 158
- COHENDET, M.-A., « Synthèse et conclusion », in *Droit et pluralisme*, sous la dir. de L. FONTAINE, Bruylant, 2007, p. 371
- COLLANGE, J.-F., « La liberté de croyance dans la pensée religieuse », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 1
- COSTA, J.-P., « La conception française de la laïcité », in *Etat et religion*, PUF, 2005, p. 171
- , « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in *Les principes en droit*, sous la dir. de S. CAUDAL, Economica, 2008, p. 369
- COUARD, J., « La responsabilité éducative et religieuse des acteurs familiaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, sous la dir. de E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI et C. SIFFREIN-BLANC, PUAM, 2013, p. 191
- COULON, J.-M., « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 331

D

- DE BEER, P., « De paradox van de godsdienstvrijheid », in *Godsdienstvrijheid: Afschaffen of beschermen ?*, sous la dir. de H.M.A.E. VAN OOIJEN, et al.L.F. EGMONDQ.A.M. EIJKMANF. OLUJICO.P.G. VOS, NJCM-Boekerij, 2009, p. 5
- DE GOUTTES, R., « L'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 347
- DEBBASCH, R., « Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République », in *Droit public positif*, sous la dir. de L. FAVOREU, Economica, PUAM, 1988, p. 406

- DELMAS, C., « La prise en compte judiciaire des convictions religieuses des justiciables », in *La laïcité dans la Justice, Rapport GIP*, sous la dir. de M. PHILIP-GAY, 2019
- DELMAS-MARTY, M., « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de C.-A. MORLAND, Bruylant, 2001, p. 64
- DEUMIER, P., « 11. Synthèse », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 249s.
- , « Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions », in *La création du droit par le juge. Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, vol. 50, p. 49
- , « Présentation », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 1
- DIEU, F., « L'ordre public et les religions : ordre public, ordre laïc ? », in *L'ordre public*, sous la dir. de C.-A. DUBREUIL, Cujas, 2013, p. 261
- DORD, O., « Entre laïcité et exigences européennes, une politique publique de lutte contre les dérives sectaires est-elle possible ? », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 223
- DREYFUS-NETTER, F., « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, PUF, 1999, p. 313

F

- FLAUSS, J.-F., « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 201
- FORNEROD, A., « Neutralité, liberté, égalité : concilier les composantes du principe juridique de laïcité », in *Laïcité et pluralisme religieux*, sous la dir. de F. FABERON, PUAM, 2018, p. 241
- FORTIER, V., « La neutralité revisitée », in *La religion dans les établissements de santé*, sous la dir. de V. FORTIER et F. VIALLA, Les Études Hospitalières, 2013, p. 97
- FOWLER, W.W., « The latin history of the word religio », in *Roman essays and interpretations*, Oxford University Press, 1920, p. 7

G

- GARAPON, A., « Préface », in *Rituel(s) de justice. Essai anthropologique sur la Relation du Temps et de l'Espace dans le Procès*, sous la dir. de D. MARRANI, E.M.E., 2011, p. 7
- GARAY, A., « Régulation étatique et groupes religieux en France », in *La nouvelle question religieuse : Régulation ou ingérence de l'État ?*, sous la dir. de P. CÔTÉ et T. J. GUNN, Peter Lang, 2006, p. 195
- GARNETT, R., « Things that are Not Caesar's: The Story of Kedroff v. St Nicholas Cathedral », in *First Amendment Stories*, sous la dir. de R. GARNETT et A. KOPPELMAN, Foundation Press, 2011
- GAUCHET, M., « Le désenchantement désenchanté », in *Charles Taylor. Religion et sécularisation*, sous la dir. de S. TAUSSIG, CNRS Éditions, 2014, p. 73
- GAUDIN, P., « L'école entre respect de la liberté des élèves et projet émancipateur », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*, La Documentation française, 2016, p. 165

- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Introduction », in *Le droit, la religion et le "raisonnable". Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 2
- , « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity : A tentative of sociology of Québec's 'reasonable accommodation debate' », in *Legal Practice and Cultural Diversity*, sous la dir. de R. GRILLO, et al. R. BALLARDA. FERRARIA. HOEKEMAM. MAUSSEN. SHAH, Ashgate, 2009, p. 151
- GONZALEZ, G., « L'exigence de neutralité des services publics », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 153
- GORDON, A. et C. NEWFIELD, « Introduction », in *Mapping Multiculturalism*, sous la dir. de A. GORDON et C. NEWFIELD, University of Minnesota Press, 1996, p. 1
- GUASTINI, R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, sous la dir. de S. CAUDAL, Economica, 2008, p. 113

H

- HARREMOES, E., « Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille », in *Le droit de la famille en Europe*, sous la dir. de R. GANGHOFER, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 9
- HEYMANN, J., « Importing proportionality to the conflicts of law », in *Private international law and global governance*, sous la dir. de H. MUIR-WATT et D. P. FERNANDEZ ARROYO, Oxford University press, 2014, p. 277
- HOURQUEBIE, F., « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », in *La motivation des décisions des Cours suprêmes : entre exigences processuelles et traditions juridiques*, sous la dir. de F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTTHOREAU, Bruylant, 2011, p. 25

J

- JACOB, R. et N. MARCHAL, « Jalons pour une histoire de l'architecture judiciaire », in *La Justice en ses temples. Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Brissaud, 1992, p. 27
- JESTAZ, P., « Équité », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 3
- , « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 19

K

- KESSEDJIAN, C., « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la dir. de B. BONNET, LGDJ, 2016, p. 1183
- KOUBI, G. et G. GUGLIELMI, « Introduction », in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, La Découverte, 2000, p. 7

L

- LÉVI-STRAUSS, C., « Introduction à l'oeuvre de M. Mauss », in *Sociologie et anthropologie*, sous la dir. de M. MAUSS, PUF, 1966
- LACABARATS, A., « Les rapports entre ordres juridiques : la construction de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la dir. de B. BONNET, LGDJ, 2016, p. 927
- LE GOFF, J., « Charles Sanders Peirce. Fondation du pragmatisme et découverte de l'abduction », in *Les grands inspirateurs de la théorie des organisations*, sous la dir. de O. GERMAIN, éd. EMS, 2012, p. 275
- LE MIRE, P., « Article 17 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la dir. de L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, 2 éd., Economica, 1999, p. 509
- LE ROY, E., « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », in *Théories et émergence du droit*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al.R. A. MACDONALDR. JANDAG. ROCHER, Thémis-Bruylant, 1998, p. 29
- , « Pluralisme et universalisme juridique : propos d'étape d'un anthropologue du droit », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la dir. de P. KAHN, La documentation française, Mission de recherche "Droit et Justice", 2001, p. 227
- LEBEL-GRENIER, S., « La religion comme véhicule d'affirmation identitaire : un défi à la logique des droits fondamentaux », in *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne. Un équilibre en tension*, sous la dir. de P. EID, et al.P. BOSSETM. MILOTS. LEBEL-GRENIER, Presses de l'Université Laval / Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au Québec, 2009, p. 123
- LEFEBVRE, S., « La liberté religieuse modelée par les effets paradoxaux de la modernité », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, Thémis, 2009, p. 195
- LEVINET, M., « Propos introductifs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 1
- LOCHAK, D., « Égalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualités et droit*, sous la dir. de D. BORRILLO, PUF, 1998, p. 40

M

- MACDONALD, R. A., « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », in *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al.R. A. MACDONALDR. JANDAG. ROCHER, Thémis et Bruylant, 1998, p. 9
- , « Kaleidoscopic Federalism », in *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS et F. GÉLINAS, Bruylant & Éd. Yvon Blais, 2005, p. 261
- , « Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de J.-G. BELLEY, LGDJ, 1996, p. 233
- MARGUÉNAUD, J.-P., in *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la dir. de J.-P. MARGUÉNAUD, La Documentation française, 2001
- MARTIN, J.-P., « Laïcité belge, laïcité française : deux usages d'une même notion », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 55

- MARTY, M. E. et R. S. APPLEBY, « Conclusion : An Interim Report on a Hypothetical Family », in *Fundamentalisms Observed*, sous la dir. de M. E. MARTY et R. S. APPLEBY, The University of Chicago Press, 1991, p. 835
- MATHIEU-IZORCHE, M.-L., « Pluralisme et unité », in *Droit et pluralisme*, sous la dir. de L. FONTAINE, Bruylant, 2007, p. 105
- MAZEAUD, D., « L'expertise de droit à travers l'amicus curiae », in *L'expertise*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 110
- MESSNER, F., « Les rapports entre les églises et les Etats en Europe : la laïcité comme modèle ? », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 51
- MILLARD, E., « Positivisme logique et réalisme juridique : La dichotomie faits/valeurs en question », in *Analisi e Diritto*, sous la dir. de J.-Y. CHÉROT et E. MILLARD, Marcial Pons, 2009, p. 177
- MOUNIER, E., « Manifeste au service du personnalisme », in *Écrits sur le personnalisme*, Seuil, 2000
- MUZNY, P., « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 13
- , « Approches théoriques du pluralisme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 13

N

- NADER, L. et A. SURSOCK, « Anthropology and Justice », in *Justice: Views from the Social Sciences*, sous la dir. de R. COHEN, Springer, 2006, p. 205

O

- OST, F., « Droit et intérêt », in *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, sous la dir. de F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10
- , « La diversité culturelle : oser la pensée conjonctive », in *Le droit et la diversité culturelle*, sous la dir. de J. RINGELHEIM, Bruylant, 2011, p. XI
- , « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, sous la dir. de M. VAN DER KERCHOVE, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97
- OTIS, G., « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : présentation générale d'une problématique*, sous la dir. de G. OTIS, et al.A. CISSÉP. DE DECKKERW. MASTOR, Éd. des Archives contemporaines Agence universitaire de la francophonie, 2010, p. 3

P

- PACTEAU, B., « Préface », in *Le principe de laïcité en droit public français*, sous la dir. de C. BENELBAZ, L'Harmattan, 2011
- PARSONS, W. B., « Introduction », in *Being Spiritual But Not Religious. Past, Present, Future(s)*, sous la dir. de W. B. PARSONS, Routledge, 2018

- PAULIAT, H. et V. SAINT JAMES, « La notion d'effet horizontal », in *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la dir. de J.-P. MARGUÉNAUD, 1999, p. 46, en ligne : <<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/97-15-RF.pdf>>, Rapport de recherche GIP Justice
- PERELMAN, C., « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1996, p. 425
- PHILIPPE, J.-B. et M. SIMONET, « Introduction », in *L'Étranger en France, face et au regard du droit*, sous la dir. de H. FULCHIRON, La Documentation française, 1999, p. 1, (Mission de recherche Droit et justice)
- PICHERAL, C., « Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 295
- PRELOT, P.-H., « Définir juridiquement la laïcité », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 115
- PROS-PHALIPPON, C., « 2. La référence aux précédents de la juridiction », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 33

Q

- QUINTANE, G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5

R

- REVET, T., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la dir. de T. REVET, Dalloz, 1996, p. 43
- RIALS, S., « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER-ELST, Bruylant, 1984, p. 39
- RIVERO, J., « De l'idéologie à la règle de droit », in *La laïcité*, sous la dir. de A. AUDIBERT, et al.A. BAYETB.-E. BROWNET ALII, PUF, 1960, p. 263
- , « La notion juridique de laïcité », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2005, vol. 48, p. 257
- ROBERT, J., « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, 24 éd., Dalloz, 2018, p. 511
- , « La liberté de religion, de pensée et de croyance », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, 21 éd., Dalloz, 2015, p. 467
- ROCHE, M.-A. FRISON, « La procédure de l'expertise », in *L'expertise*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 87
- ROLLAND, P., « Laïcité et liberté », in *De la séparation des Églises et de l'État à l'avenir de la laïcité*, sous la dir. de J. BAUBÉROT et M. WIEVIORKA, Éditions de l'aube, 2005, p. 328
- , « Ordre public et pratiques religieuses », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, sous la dir. de J.-F. FLAUSS, Bruylant, 2002, p. 231
- , « Synthèse et conclusion », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de G. GONZALEZ, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 249

- ROSS, A., « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », in *Introduction à l'empirisme juridique*, sous la dir. de A. ROSS, LGDJ, 2004, p. 23
- ROULAND, N., « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in *Droit constitutionnel local*, sous la dir. de A.-M. LE POURHIET, PUAM-Economica, 1999, p. 145
- ROUSSET, G., « La clause de conscience dans le domaine de la santé, une notion à la croisée des chemins », in *La religion dans les établissements de santé*, sous la dir. de V. FORTIER et F. VIALLA, Les Études Hospitalières, 2013, p. 289
- RUBI-CAVAGNA, E., « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 217

S

- SALEILLES, R., « Préface », in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, sous la dir. de F. GÉNY, 2 éd., LGDJ, 1932, p. XIII, tiré de l'éd. originelle de 1899
- SERMET, L., « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », in *Méthodologie du pluralisme juridique*, sous la dir. de G. OTIS, Karthala, 2012, p. 201
- SEVE, R., « Présentation », in *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, 2005, vol. 48, p. 11
- SPEELMAN, G., « The Law of God in a Secular State. Claiming Space in the Public Domain », in *The Law of God. Exploring God and Civilization*, sous la dir. de P. VOS et O. ZIJLSTRA, Brill, 2014, p. 23
- SUDRE, F., « Introduction », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE, Nemesis - Anthemis, 2014, p. 15
- , « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, sous la dir. de M. LEVINET, Bruylant, 2010, p. 32
- , « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, sous la dir. de L. POTVIN-SOLIS, Bruylant, 2012, p. 254
- , « Rapport introductif », in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. SUDRE et H. SURREL, Bruylant, Nemesis, 2008, p. 17

T

- TEMELINI, S., « Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada », in *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, sous la dir. de S. TIERNEY, University of British Columbia Press, 2007, p. 43
- TIMSIT, G., « La science juridique, science du texte », in *Lire le droit. Langue, texte et cognition*, sous la dir. de D. BOURCIER et P. MACKAY, LGDJ, 1992, p. 2

V

- VENTURA, M., « Préface », in *Norme religieuse et droit français*, E. TAWIL, PUAM, 2005, p. 7
- VOCANSON, C., « 1. Le texte », in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la dir. de P. DEUMIER, Dalloz, 2013, p. 11

W

- WEBBER, J., « Commentaire sur la nature du droit et le rôle du pouvoir », in *Théories et émergence du droit*, sous la dir. de A. LAJOIE, et al.R. A. MACDONALDR. JANDAG. ROCHER, Thémis & Bruylant, 1998, p. 191
- WEINSTOCK, D., « La problématique multiculturaliste », in *Histoire de la philosophie politique, V : Les philosophies politiques contemporaines*, sous la dir. de A. RENAUT, Calmann-Lévy, 1999, p. 451
- WIEVIORKA, M., « L'ambivalence de la laïcité en France », in *Laïcité, laïcités*, sous la dir. de J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 87
- WILLAIME, J.-P., « La religion comme ressource symbolique et éthique dans une Europe sécularisée et pluraliste », in *L'Europe des religions*, Peter Lang, 2004, p. 33
- , « Séparation et coopération Eglises-Etat en Allemagne », in *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, sous la dir. de A. DIERKENS et J.-P. SCHREIBER, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, vol. XVI, p. 89
- WOERHLING, J., « Quelle place pour la religion dans les institutions publiques ? », in *Le droit, la religion et le "raisonnable"*, sous la dir. de J.-F. GAUDREAUULT-DESBIEENS, Thémis, 2009, p. 116
- WRIGHT, J. et H. S. JONES, « A Pluralist History of France ? », in *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, sous la dir. de J. WRIGHT et H. S. JONES, Palgrav, Macmillan, 2012, p. 1

Z

- ZENATI-CASTAING, F., « La signification, en droit, de la motivation », in *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. CAUDAL, Dalloz, 2013, p. 25
- , « Non razione imperii, sed imperio rationis », in *Stateless Law - Evolving Boundaries of a Discipline*, sous la dir. de H. DEDEK et S. VAN PRAAGH, Routledge, 2016

ENCYCLOPEDIAS

Encyclopédie philosophique universelle, PUF, 1998, vol. I

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

BLOUD-REY, C., « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1439

CANTO-SPERBER, M., in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996

COULON, J.-M., « Méthodes de jugement », in *Dictionnaire de la Justice*, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004, p. 881

DETRAZ, S., « Diffamation », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017

DEUMIER, P. et T. REVET, « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1119

D'ONORIO, J.-B., « La laïcité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de S. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 913

- DREYER, E., « Injures publiques et non publiques », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017
- , « Référé en matière de presse », in *JurisClasseur Communication*, LexisNexis, 2016
- DUBOIS, J., H. MITTERAND et A. DAUZAT, « Religion », in *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, p. 709
- ERNOU, A. et A. MEILLET, « Religion », in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 4 éd., Librairie C. Klincksieck, 1959, p. 569
- FORST, R., « Toleration », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sous la dir. de E. N. ZALTA, 2017, en ligne : <<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/toleration/>>>
- GISEL, P., « Syncrétisme », in *Encyclopédie du protestantisme*, sous la dir. de P. GISEL, PUF, 1995
- GONZALEZ, G., « Liberté de pensée, de conscience et de religion », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, PUF, 2008, p. 636
- HAUSER, J. et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes moeurs », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016
- JARROSSON, C. et F.-X. TESTU, « Équité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 635
- JEULAND, E., « Syllogisme judiciaire », in *Dictionnaire de la Justice*, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004, p. 1269
- JOUANJAN, O., « Égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 585
- Journal du Palais, *Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, Imprimerie de Guiraudet et Jouaust, 1838
- LANQUETIN, M.-T., « Discrimination », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz
- LEBEN, C., « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1113
- LEBRETON, G., « Liberté », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al.H. GAUDINJ.-P. MARGUÉNAUDS. RIALSF. SUDRE, PUF, 2008
- LIVET, P., « Argumentation et rhétorique juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 84
- MORVAN, P., « Principes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 1201
- MUZNY, P., « Proportionnalité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al.H. GAUDINJ.-P. MARGUÉNAUDS. RIALSF. SUDRE, PUF, 2008, p. 810
- PRELOT, P.-H., « Laïcité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al.H. GAUDINJ.-P. MARGUÉNAUDS. RIALSF. SUDRE, PUF, 2008, p. 597
- Recueil des lois et ordonnances, d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830*, t. I
- Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, 1839
- « Religion », in *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2007, p. 2178
- ROULAND, N., « Acculturation juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 4

- SKORUPSKI, J., in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la dir. de M. CANTO-SPERBER, 1996, p. 1036
- STANLEY, F., « Multiculturalism », in *A Dictionary of Cultural and Critical Theory*, sous la dir. de M. PAYNE, Oxford, 1996, p. 353
- TESTU, F.-X., « Individu », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND. et S. RIALS, PUF, 2003, p. 819
- WACHSMANN, P., « Pluralisme », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al.H. GAUDINJ.-P. MARGUÉNAUDS. RIALSF. SUDRE, PUF, 2008, p. 769
- WEILLER, L., « Principes directeurs du procès », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz

MELANGES

- BÉNOIT, F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUF, 1995, p. 23
- BELLON, L., « Les familles d'origine étrangère devant le juge des enfants ou l'altérité au risque du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, sous la dir. de B. BEIGNIER, et al.P. DEUMIERH. FULCHIRONV. LARRIBAU-TERNEYRE, LexisNexis, 2015, p. 657
- BELORGEY, J.-M., « Communautarisme ou universalisme : quel modèle ? », in *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, sous la dir. de V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRÉ, LGDJ, 2007, p. 27
- BENAR, G., « Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Amicorum Liber Karel Vasak*, Bruylant, 1999, p. 75
- CHÉNEDÉ, F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, sous la dir. de D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET et V. CHAMPEIL-DESPLATS, Economica, 2006, p. 267
- COLOMBET, A., « La clause de dureté dans le divorce pour rupture de la vie commune », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 139
- DEUMIER, P., « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation - Étude des travaux préparatoires », in *Mélanges J.-F. BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 125
- DUPEUX, J.-Y., « Liberté d'expression et respect des croyances », in *L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 353
- DUPICHOT, P., « L'adage Da mihi factum, dabo tibi jus », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 425
- FORTIER, V., « Les pratiques radicales de l'islam au sein de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Laure Mathieu*, Larcier, 2019, p. 261
- FROMONT, M., « Le principe de laïcité et la liberté religieuse en France », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur P. Pararas*, Bruylant, 2009, p. 230
- FULCHIRON, H., « La prise en compte des convictions religieuses par le juge de la famille », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 567

- , « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 243
- GANNAGÉ, P., « Le juge civil face aux droits religieux », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 247
- GERVAIS, A., « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et intérêts », in *Théorie générale du droit et du droit transitoire. Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz, 1961, p. 243
- HIEZ, D., « La clause de conscience ou la conscience source du droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 209
- MICHELET, E., « Religion et droit pénal », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 475
- MIRAILLE, M., « À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel », in *Frontière du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 80
- MONÉGER, F. et G. PLUYETTE, « Les principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges en l'honneur de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012
- MOURY, J., « De quelques aspects de l'évolution de la juridiction », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 302
- PUIGELIER, C., « Conscience ou inconscience du droit ? », in *Mélanges Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 857
- RIGAUX, F., « Logique et droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1197
- RIVERO, J., « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, tome III, Pedone, 1971, p. 312
- ROLLAND, P., « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoirs et libertés. Études offertes à J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 645
- SALVIA, M. DE, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 591
- SCHRAMMECK, O., « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 195
- SOLER-COUTEAUX, P., « La déclinaison juridique de la tolérance », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 1421
- VIGNEAU, C., « La liberté religieuse dans les relations de travail », in *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 313

COLLOQUES

A

- ARENS, C., « La diffusion de sa jurisprudence par une cour d'appel », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 72

B

- BAGNI, S., « Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique italien : un cadre général », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29697
- BAUBÉROT, J., « La loi de 1905 : fondement de la laïcité de l'État », in *Laïcité de l'État et État de droit*, actes du colloque organisé le 3 mai 2018 à l'Assemblée nationale, sous la dir. de B. NABLI, Dalloz, 2019
- BEHAR-TOUCHAIS, M., « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *LPA*, 1998, n° 117, p. 3
- BONNET, B., « Le juge judiciaire et la hiérarchie des normes », in *Le juge judiciaire*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3 les 3, 4 et 5 juin 2015 par l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Dalloz, 2016, p. 37
- , « Prolégomènes », in *Penser les libertés après le 7 janvier 2015*, Lyon, 3 avr. 2015
- BOSSET, P., « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », in *Gouvernance politique et régulation de la diversité religieuse : perspectives comparatives France-Québec*, 72e Congrès annuel de l'ACFAS (Montréal, 11 mai 2004)
- BOUDOT, M., « Observations sur le blasphème, fait générateur de responsabilité civile », in *Le blasphème dans une société démocratique*, dir. C. LAGEOT et F. MARCHADIER, p. 117, Dalloz, 2016
- BRIBOSIA, E. et I. RORIVE, « Au-delà de “Dr Jekyll et Mr Hyde” », in *L'accommodement de la diversité religieuse - Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, p. 17, P.I.E. Peter Lang, 2015

C

- CADIET, L., « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1998
- , « Introduction », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Actes de la Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 10
- CANIVET, G., « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits de l'homme », in *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme*, Colloque Amman, 2 févr. 2013, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2013/le-conseil-constitutionnel-et-la-protection-des-droits-de-l-homme.147432.html>>
- CAUDAL, S., « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL, p. 1, Economica, 2008
- CHAINAIS, C., « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation “à la française” », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 2016, n° 1-2 (supplément), p. 42
- CHAUVIÈRE, M., « Le droit face aux politiques familiales : évaluation et contrôle de l'intérêt de l'enfant dans et hors de sa famille », actes du colloque de Paris VII, 1982

D

- DE BÉCHILLON, D., « Observations sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 2016, n° 1-2 (supplément), p. 35
- , « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 2016, p. 27
- DE BELLOY, F., « Un contentieux des contrôles d'identité discriminatoires », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 117

DELGRANGE, X., « Rapport de synthèse », in *Le juge régulateur du fait religieux ou juger sans préjugé*, Strasbourg, 23 juin 2017, à paraître

E

ENRIQUEZ, E., « Approches du for intérieur », in *Le for intérieur*, PUF, 1995

Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, LPA, 1998, n° 117, p. 3

EYDOUX, P., « Allocution de reprise des débats », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 67, en ligne sur le site du DDD

F

FLOUR, Y., « Rapport de synthèse », in *Sommes-nous propriétaires de notre santé ?*, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 289, p. 47

FOBLETS, M.-C. et M. GRAZIADEI, « Mise en scène. Droit et croyances : regain d'intérêt pour le pluralisme religieux et philosophique », in *Convictions religieuses et droit positif*, Colloque international de Moncton (24-27 août 2008), 2010, Bruylant

FONTAINE, M., « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996

FRICERO, N., « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation. Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 30

FROUIN, J.-Y., « La lutte contre les discriminations et l'emploi », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 37, en ligne sur le site du DDD

FULCHIRON, H., « La prise en compte des convictions religieuses dans la réalisation des soins dans les hôpitaux français », in *Laïcité et multiculturalisme en contexte de vulnérabilité. Soigner à l'âge séculier dans les hôpitaux français et québécois*, Journée d'étude, Université Laval (Canada), 29 sept. 2016

G

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « The State management of legal and cultural diversity in Canada », in *Cultural Diversity and the Law. The response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, M.-C. FOBLETS, J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN et alii (Bruxelles, sept. 2006), p. 195, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2010

GHORBEL, H., « Christianisme et athéisme dans la pensée de Rousseau », in *Athéisme dévoilé / Athéisme voilé*, Colloque international de l'Université de Mons, 26-27 oct. 2012, en ligne : <http://www.dogma.lu/pdf/HG-RousseauChristianisme.pdf>

H

- HÉBRAUD, P., « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, Ve Colloque des Instituts d'études judiciaires, Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, PUF, 1969
- HAROCHE, C., « Présentation », in *Le for intérieur*, p. 5, PUF, 1995
- HAUSER, J., « L'ordre public dans les relations de famille », in *L'ordre public. Travaux de l'association H. Capitant*, Journées libanaises, tome XLIX, LGDJ, 1998
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Discriminations et fait religieux. Enjeux », in *Discriminations & fait religieux*, colloque organisé dans le cadre du projet GIP - La laïcité dans la justice, Lyon 3, 30 mars 2018 (dir. M.-L. BASILLEN-GAINCHE)

J

- JEAMMAUD, A., « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL, p. 49, Economica, 2008
- JEANCLOS, Y., in *La Dimension Historique de la Peine, 1810-2010*, dir. Y. JEANCLOS, actes du colloque des 27-28 mai 2010, Strasbourg, Economica, 2013
- JEULAND, E., « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence débat du 24 nov. 2015, *JCP G*, 11 janv. 2016, n° 1-2 (supplément), p. 20
- JOWELL, J., « Proportionality in the United Kingdom », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 févr. 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29678

K

- KINSCH, P., « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Vers un statut européen de la famille*, dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, Dalloz, 2014

L

- LAINÉ, H., « Liberté religieuse des agents territoriaux et obligation de neutralité religieuse », in *Liberté de culte, laïcité et collectivités territoriales*, dir. J. FIALAIRE, Litec, 2007
- LE ROY, E., « Le for intérieur, un artefact de la tradition occidentale. Variations anthropologiques sur le tribunal des consciences », in *Le for intérieur*, PUF, 1995
- LESUEUR, T., « Informatique judiciaire et perspectives de l'open data pour les juridictions », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 21
- LEVADE, A., « Les fondements constitutionnels de l'État laïque », in *Laïcité de l'État et État de droit*, actes du colloque organisé le 3 mai 2018 à l'Assemblée nationale, sous la dir. de B. NABLI, Dalloz, 2019
- LOCHAK, D., « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF, 1995
- LOUVEL, B., « Allocutions d'ouverture », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 6, en ligne sur le site du DDD

- , « Allocution du Premier président Bertrand Louvel », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 oct. 2016, *JCP G, Supplément*, 2017, n° 9, p. 5
- , « Propos introductifs », in *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, 24 févr. 2017, en ligne : <en ligne sur le site de la Cour de cassation et sur le site du Conseil d'État>
- LYON-CAEN, A., « Propos introductifs », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 17, en ligne sur le site du DDD

M

- MARCHADIER, F., « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », in *Le droit des libertés en question(s)*, Colloque des 5 ans de la RDLF, RDLF, 2017, chron. n° 14
- MARIN, J.-C., « Propos introductifs », in *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, 24 févr. 2017, en ligne sur le site internet de la Cour de cassation et sur celui du Conseil d'État
- MARTENS, P., « Pour conclure », in *L'éthique des gens de justice*, dir. S. GABORIAU et H. PAULIAT, actes du colloque des 19-20 oct. 2000, p. 199, PULIM, 2001
- MAULIN, E., « L'invention des principes », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL, p. 23, Economica, 2008
- MITTERRAND, F., in *La pluralité des cultures*, fondation "France-Libertés", la Sorbonne, 18 mai 1987

O

- OBADIA, L., « When Virtuality Shapes Social Reality - Fake Cults and the Church of the Flying Spaghetti Monster », in *Religion on the Web*, F. DUTEIL-OGATA, I. JONVEAUX, L. KUZYSKI, S. NIZARD, *Proceedings of the Conference by the French Association for the Social Sciences of Religion*, Vol. 8 (2015), p. 115s., en ligne : <<http://heup.uni-heidelberg.de/journals/index.php/religions/article/viewFile/20327/14121>>

P

- PERREAU-SAUSSINE, L., « L'ordre public international : notion et conditions de mise en oeuvre », in *De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans*, Colloque Roubaix, 28 nov. 2017, *JCP N*, 2018, n° 29, p. 1248
- , « Rapport de synthèse », in *Quelques difficultés en droit international privé français de réception des droits musulmans*, Colloque Roubaix, 28 nov. 2017, *JCP N*, 2018, n° 29, p. 1256
- PLANTEY, A., « Définition et principes de l'ordre public », in *Ordre public*, Actes du colloque tenu à Paris les 22 et 23 mars 1995 (dir. R. POLIN), PUF, 1996
- POUND, R., « The Administrative Application of Legal Standard », *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, présentée à Boston, 2 nov. 1919

R

- RÉMOND, R., « Préface », in *Nouveaux enjeux de la laïcité*, Actes des colloques du 22 avril et des 26 et 29 mai 1989, Paris, p. 11, Centurion, 1990

- RAMBAUD, T., « La responsabilité de l'État dans la formation des cadres religieux », in *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Orléans, 17-18 juin 2014, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=VRJWcVC6NIY>>
- REDOR, M.-J., « Ouverture », in *Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen les 11 et 12 nov. 2000, Bruylant, 2001
- ROBERT, L., « Les positions de la Cour de Strasbourg », in *Discriminations & faits religieux*, (colloque Lyon III, 30 mars 2018, dir. M.-L. BASILIEN-GAINCHE)
- , « Les positions de la Cour de Strasbourg », in *Discriminations et faits religieux*, (Lyon III, 30 mars 2018, dir. M.-L. BASILIEN-GAINCHE)
- RODOTA, S., « L'objection de conscience au service militaire », in *Liberté de conscience : actes du séminaire organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec le Centre d'études des droits de l'homme*, Strasbourg, p. 100, Éd. du Conseil de l'Europe, 1993
- ROLLAND, P., in "L'Europe occidentale et les nouvelles convictions", Colloque International "Droits de l'homme et liberté de religion : pratiques en Europe occidentale", *Conscience et liberté*, 2001, n° 61, p. 89
- , « Les pratiques et signes religieux ont-ils leur place dans l'espace public ? », in *L'expression du religieux dans la sphère publique. Comparaisons internationales*, La Documentation française, 2016
- ROUVIÈRE, F., « La technique juridique comme série d'opérations conceptuelles », in *Penser la technique juridique*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 octobre 2015 (dir. A. DESRAMEAUX et F. COLONNA D'ISTRIA), LGDJ, 2018

S

- SARIS, A., « La prise en considération des convictions religieuses par le droit positif au Canada », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs. Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, p. 40, Bruylant, 2010
- SAUVÉ, J.-M., « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Actes du colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 11, en ligne sur le site du DDD
- , « Le juge administratif, protecteur des libertés », *colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne le 16 juin 2016*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>>
- , « Le juge administratif et les droits fondamentaux », in *Les entretiens du contentieux*, colloque organisé au Conseil d'État le 4 novembre 2016

T

- TULKENS, F., « Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, colloque organisé par le Défenseur des Droits (octobre 2015), p. 20, en ligne : <en ligne sur le site du DDD>
- , « La Cour européenne des droits de l'homme », in *Le juge régulateur du fait religieux ou juger sans préjugé*, Colloque Strasbourg, 23 juin 2017

U

- UERPMANN-WITZACK, R., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », in *Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC*, 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils, *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29689
- UNTERMAIER-KERLÉO, E. (dir.), *La déontologie des acteurs de la justice à l'épreuve de la laïcité*, Lyon, 25 mai 2018

V

- VANDERLINDEN, J., « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positif*, Actes du colloque international de Moncton (24-27 août 2008), p. 17, Bruylant, 2010
- VERMEULEN, B.-P., « On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy and law (immigration, integration, education and religion) », in *Cultural Diversity and the Law. The response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, M.-C. FOBLETS, J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, A. DUNDES RENTELN et alii (Bruxelles, sept. 2006), p. 45, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2010

THESES

- AFROUKH, M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011
- ALBIGES, C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000
- AL-SANHOURY, A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, M. Giard, 1925
- ARMAND, G., *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2000, [th. Caen]
- BAKIR, L., *Liberté religieuse et valeurs de la République : contribution à l'étude d'une articulation en tension*, [th. Strasbourg : 2018]
- BARET, B., *Vers un ordre public familial européen ?*, [th. Lyon 3 : en cours de préparation]
- BASCOULERGUE, A., *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, 2014
- BENELBAZ, C., *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011, [Bordeaux : 2009]
- BESSON, S., *Droit de la famille, religions et sectes*, Éditions EMCC, 1997
- BIHANNIC, K., *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, [th. Paris I : 2017]
- BLANC, N., *Constitutionnalisme et exclusion. Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme*, [th. Bordeaux et Montréal : 2014]
- BODEN, D., *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, [th. Paris 1 : 2002]
- BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 1976
- BOUTOUBA, N., *La liberté de religion : Perspectives comparées France-Canada*, [th. Montpellier : 2015]

- BRILLAT, M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, 2015, [th. : Strasbourg : 2014]
- BRUNET, F., *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2011
- CAPITANT, D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001
- CAYRET, E., *Le procès de l'individualisme juridique*, Sirey, 1932
- CHARLIER-DAGRAS, M.-D., *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 2002, [Toulouse]
- DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999
- DEBET, A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002
- DRÉANO, M., *La non-discrimination en droit des contrats*, Dalloz, 2018
- GAILLIARD, A., *Les fondements du droit des sépultures*, [th. Lyon]
- GEVAUDAN, D., *La laïcité en droit privé*, [th. : Tours : 2002]
- GODEFROY, A., *Les préjugés psychologiques en droit de la responsabilité civile*, [th. Aix-Marseille : 2016]
- GONZALEZ, G., *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997
- GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1912
- GOYARD-FABRE, S., *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972
- HAID, F., *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, 2005, [th. : Aix-Marseille III]
- HERNU, R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2003
- HURPY, H., *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruylant, 2015
- HUSSON-ROCHCONGAR, C., *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, 2012, [th. Strasbourg : 2009]
- JACQUEMOT, F., *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, 2006, [th. Montpellier : 2005]
- JAVEL, A., *Laïcité et pluralisme religieux*, [th. : Université Jean Moulin Lyon III : en cours de préparation]
- JEAN-BAPTISTE, W., *L'espérance légitime*, Fondateur Varenne, Collection de thèses, 2011, [Limoges : 2009]
- JEAUNEAU, A., *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union Européenne : essai de systématisation*, [th. Paris I : 2015]
- KEBIR, M., *Le libre arbitre du juge*, Dalloz, 2019
- LÉCUYER, G., *Liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, Dalloz, 2006, [th.]
- LAMPRON, L.-P., *L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens*, [th. : 2011]
- LANDHEER-CIESLAK, C., *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruylant et Editions Yvon Blais, 2007, [Th. : dir. L. AYNÈS et P. GLENN : Paris I]
- LE DOUJET-THOMAS, F., *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, ANRT (Atelier national de reproduction des thèses), 2004
- LEBEL-GRENIER, S., *Pour un pluralisme juridique radical*, [th. : Université McGill (Montréal, Canada) : 2002]

- LESUEUR, J., *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, PUAM, 2009
- MÉNARD, B., *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, [th. Lyon III : dir. S. PORCHY-SIMON : 2016]
- MADÉLAINE, C., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, [th. 2012]
- MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, 1953
- MALBLANC, M., *La technique des notions autonomes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, th. en cours de préparation
- MAZIÈRE, P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, 2003
- MENÉTRAY, S., *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 2010
- MEYER, N., *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006
- MILLERIOUX, G., *Les droits fondamentaux des majeurs vulnérables*, [th. en cours de préparation : Université Jean Moulin Lyon III]
- MOUTEL, B., *L'“effet horizontal” de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, [th. dactyl. : Limoges : 2006]
- NADAFI, H., *La liberté de religion dans les États de droit musulman*, [th. : Université Jean-Monnet - Saint Étienne : 2013]
- PECH-LE GAC, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000
- PENDU, M., *Le fait religieux en droit privé*, Defrénois, 2008, [th. : dir. B. BEIGNIER]
- PEYROUX-SISSOKO, M.-O., *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018
- POISSON, J.-M., *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, 2003
- R. PONSARD, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnel*, Mare & Martin, 2019.
- QUEZEL-AMBRUNAZ, C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010
- RAYNAUD, J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, [th. 2001]
- RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980
- SALLES, S., *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016
- SARIS, A., *La compénétration des ordres normatifs : étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec*, [th. : MacGill (Montréal) : 2005]
- SCHAHMANECHE, A., *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014
- TERRÉ, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014, [1955]
- TOUCHAIS, M., *La règle impérative*, [th. Paris 1 : en cours de préparation]
- TSIKLITIRAS, S., *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ, 1991
- VAUTROT-SCHWARZ, C., *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009
- VINCENT-LEGOUX, M.-C., *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001
- WURTZ, C., *Le juge des enfants face à la diversité culturelle*, 2016, [Mémoire de stage : dir. H. FULCHIRON : Lyon III]

ARTICLES (REVUES SCIENTIFIQUES)

A

- ADAMS, B. et C. BARMORE, « Questioning Sincerity: The Role of the Courts After Hobby Lobby », *Stanford Law Review*, 2014, 67, p. 59
- AGUILA, Y., « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 1995, p. 44
- ALDIGE, B., « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », *JCP G*, 2015, p. 986
- ANCEL, B., « L'état civil saisi par le religieux : la consécration juridique de l'intime ? », *JCP G*, 2015, n° 21, p. 966
- ANDRIEU, K., « Éthique du libéralisme. Entretien avec Ronald Dworkin », *Raison Publique*, avril 2007, n° 6, p. 7
- ANKER, R. et N. CARON, « Sécularisation et transferts du religieux. De la fin de la religion à l'ouverture indécise », *Revue française d'études américaines*, 2014, n° 141, p. 3
- ANSEUR, Z., « Réflexions à propos des perspectives d'une laïcité postmoderne », *RRJ Droit prospectif*, 2002, p. 1723
- ASSAL, A., « La notion de notion en terminologie », *Meta : journal des traducteurs*, 1994, n° 3, vol. 39, p. 460
- ATIAS, C., « Liberté religieuse et légalité : la suprématie de la règle inférieure sur la règle supérieure et l'éviction de l'ordre public », *D.*, 2006, p. 2887
- , « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP G*, 1984, I, p. 3151
- , « Éléments pour une méthodologie juridique de notre temps (suite) le mythe du pluralisme civil en législation », *RTD Civ.*, 1982, n° 2, p. 244

B

- BAHUREL, C., « Le standard du raisonnable », *Revue de Droit d'Assas*, 2014, p. 60
- BARBIER, P., « L'adhésion par l'un des époux à une secte telle que celle des Témoins de Jéhovah constitue-t-elle une cause de divorce ? », *Gaz. Pal.*, 1978, n° 2, p. 136
- , « Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'art. 240 c. civ. », *Gaz. Pal.*, 1987, I, p. 2
- , « L'enfant, la religion et le droit », *Gaz. Pal.*, 1960, n° 1, p. 72
- , « Religion, puissance paternelle et modalités de funérailles d'un enfant », *Gaz. Pal.*, 1962, n° 1, p. 58
- BARTHELEMY, J., « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité », *Rev. administrative*, 1999, n° spécial 2, p. 46
- BATIFFOL, H., « Le déclin du droit », *Arch. Ph. Dr.*, 1963, n° 8, p. 43
- BAUBEROT, J., « Les chantiers de la laïcité », *Revue Administrative*, 1994, p. 383
- BAVEREZ, N., « Le principe de laïcité face aux chocs et aux crises du XXI^e siècle », *Arch. phil. dr.*, 2005, n° 48, p. 249
- BECKLEY, F., « A Passive Exemption Test for Religious Free Exercise Cases », *Journal of Law and Religion*, 1989, n° 7, p. 433
- BEIGNIER, B. et C. BLÉRY, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.*, 2001, p. 2427
- BERGEL, J.-L., « Avant-propos », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 805
- BERGER, V., H. LABAYLE et F. SUDRE, « Chronique Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1991, p. 848
- BERGOUNIOUX, A., « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 17

- BERNAND, C., et al., « Regards croisés sur le bricolage et le syncrétisme* », *Archives de sciences sociales des religions*, 2001, n° 114, p. 61
- BERNAND, Y., « Quelle approche par le juge des enfants du phénomène de “radicalisation” ? », *Gaz. Pal.*, 26 juil. 2016, n° 272b9, p. 12
- BERTIN, P., « Le juge des référés, protecteur des croyants », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 2, doct., p. 534
- BIGOT, C., « Le point sur l'application des articles 53 et 55 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 devant la juridiction civile », *Gaz. Pal.*, 1996, n° II, doct. p. 828
- BINET, J.-R., « Fidélité : le devoir demeure, malgré l'érosion des sentiments », *Dr. Fam.*, 2016, n° 6, 118, p. 58, note sous CA Versailles, 17 mars 2016, n° 15/02921, Jurisdata n° 2016-004912
- BODEN, D., « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, n° 49, p. 275
- BOESPFLUG, F., « Le syncrétisme et les syncrétismes. Périls imaginaires, faits d'histoire, problèmes en cours », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2006/2, tome 90, p. 273
- BOLARD, G., « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G*, 1993, n° I, p. 3693
- BONDUELLE, M. et T. RENAULT, « De l'impartialité à la neutralité. Critique à deux voix d'un devoir dévoyé », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 21
- BONNEAU, J., « La clause de conscience et le droit médical », *Gaz. Pal.*, 2002, n° 171, p. 23
- , « Chronique législative », *Vie sociale*, 1996, n° 1, p. 63
- BORIES, S., « À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP G*, 1985, n° 45, doct. 3213
- BOUDON, R., « La rationalité du religieux selon Max Weber », *L'Année sociologique*, 2001/1, Vol. 51, p. 9
- BOUISSON, S., « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience », *AJFP*, 2003, p. 34
- BOURDIER, E., « Des libertés à la répression : un renversement à peine voilé de la laïcité », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, n° 11
- BOURDIEU, P., « Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber », *Archives européennes de sociologie*, 1971b, vol. 12, p. 3
- , « Genèse et structure du champ religieux », *Revue Française de sociologie*, 1971a, vol. XII, n° 2, p. 295
- BOUSTA, R., « La “spécificité” du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 859
- BOYER, A., « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *Arch. ph. Dr.*, 2004, t. 48, p. 291
- BRADY, K., « Religious Sincerity and Imperfection: Can Lapsing Prisoners Recover Under RFRA and RLUIPA ? », *University of Chicago Law Review*, 2011, n° 78, p. 1431
- BRION, F. et F. TULKENS, « Conflit de culture et délinquance. Interroger l'évidence », *Déviance et société*, 1998, n° 3, vol. 22, p. 235
- BRULEY, Y., « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica*, 2012, n° 2, 14, p. 152
- BRUNET, L., « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ fam.*, 2018, p. 572
- BUI-XUAN, O., « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDA*, 2011, p. 551
- BURDEAU, G., « Le déclin de la loi », *Arch. Ph. Dr.*, 1963, n° 8, p. 35
- BURGELIN, J.-F., « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.*, 2001, p. 2755

C

- CACOUAULT-BITAUD, M., « La féminisation d'une profession signifie-t-elle une baisse de prestige ? », *Travail, genre et sociétés*, 2001, n° 5
- CANUT, F., « Epilogue interne de l'affaire Baby Loup », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2014, p. 97
- CAPASHEN, G., « Petites histoires à propos de la juste distance pour juger », *D.*, 2004, p. 2939
- CAPITANT, H., *RTD Civ.*, 1928, p. 371
- , « Sur l'abus des droits », *RTD Civ.*, 1928, p. 365
- CAPOULADE, P., « La copropriété et la fête des cabanes », *AJDI*, 2007, p. 311
- CARBONNIER, J., « L'hypothèse du non-droit », *Arch. Ph. Dr.*, 1963, n° 8, p. 55
- , « La religion, fondement du droit ? », *Arch. ph. dr.*, 1994, t. 38, p. 17
- , *D.*, 1969, p. 368, note sous CA Nîmes, 10 juin 1967
- , « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, chron. 119
- , *JCP G*, 1951, 6439, note sous Trib. corr. Lille, 21 juin 1950
- CAYE, P. et F. TERRÉ, « Le neutre à l'épreuve de la puissance », *Arch. ph. dr.*, 2005, p. 34
- CHÉNEDÉ, F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796
- , « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, 2014, p. 179
- CHARZAT, M., « Georges Sorel et le fascisme. Éléments d'explication d'une légende tenace », *Cahiers Georges Sorel*, 1983, n° 1, p. 37
- CHASSANG, C., « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demie-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *D.*, 2014, p. 1701
- CHAVAUUX, D., « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient », *RFDA*, 2002, p. 146
- CHERBLANC, J. et G. JOBIN, « Vers une psychologisation du religieux ? », *Archives de sciences sociales des religions*, 2013, p. 163
- CHEVALLIER, J., « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, p. 659
- , « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003, n° 1, p. 203
- CHOPER, J., « Defining "Religion" in the First Amendment », *University of Illinois Law Review*, 1982, p. 579
- COHEN, A.K. et J.-H. SHORTZ, « Research in delinquent subcultures », *Journal of social issues*, 1968, p. 20
- COHEN, D., « Justice publique et justice privée », *APD*, 1997, n° 41, p. 149
- COHENDET, M.-A., « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n° 4, vol. 68, p. 713
- COHEN-ELYIA, M. et I. PORAT, « Proportionality and Justification », *University of Toronto Law Journal*, 2014, n° 64, p. 458
- COLLET-ASKRI, L., « Testing or not testing ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.*, 2003, Chron. 1309
- COMMARET, D. N., « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262
- CORNELOUP, S., « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH*, 2013/3, p. 381

- COSTA, J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, p. 434
- COUARD, J., « Le burkini, instrument du vivre ensemble... en Suisse ! », *RJPF*, 2017, n° 4, p. 19
- COUDRAIS, M., « Pour une synthèse entre technique juridique et justice ou le nécessaire abandon de la séparation des fins et des moyens », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009, n° 1, vol. 62, p. 91
- COULOMBEL, P., « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *RTD Civ*, 1956, p. 1
- COUTU, M., « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux ? », *Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, n° 12, p. 93

D

- DABIN, J., « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *Arch. ph. dr.*, 1964, tome IX, p. 17
- DAVID, R., « Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains », *Arch. Ph. Dr.*, 1963, n° 8, p. 3
- DE BÉCHILLON, D., « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.*, 1995, p. 835
- DE BEER, P., « Waarom vrijheid van godsdienst uit de grondwet kan », *Socialisme en Democratie*, 2007/10, p. 18
- DE COMBLES DE NAYVES, P., « La Chambre criminelle jette le voile sur la Convention européenne », *AJ Pénal*, 2013, p. 400
- DE LAMY, B., « L'article 34 de la loi sur la liberté de la presse est le seul applicable lorsque des propos mettent en cause un défunt », *JCP G*, 2007, II, p. 10010
- DE MONDREDON, E., *JCP G*, 1993, n° II, 22065, note sous CA Orléans, 23 janv. 1992, Jurisdata n° 1992-041527
- DE SOUSA SANTOS, B., « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, n° 10, p. 390
- DEBRAY, R., « Qu'est-ce qu'un fait religieux ? », *Études*, 2002, n° 9, p. 169
- DECAUX, E., « Chronique d'une jurisprudence annoncée : laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, p. 266
- DEFOIS, G., « La laïcité, vue d'en face », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 27
- DEISS, A., « L'intervention judiciaire et la santé des mineurs », *Dr. enfance et fam.*, 1990/1, p. 207
- DELAGE, P.-J., « Chapitre 4. Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? », *Journal International de Bioéthique*, 2015/3, vol. 26, p. 63
- DELEBECQUE, P., « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 871
- DELMAS-MARTY, M., « Les standards en droit pénal », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1019
- DELSENNE, L., « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, 2005, n° 2, p. 427
- DELVOLVE, P., « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby Loup », *RFDA*, 2014, p. 954
- DERIEUX, E., « Diffamations, injures et conviction en procès, L'état de la jurisprudence nationale », *Annuaire Droit et religions*, 2005, vol. 1, p. 105
- , « Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 2, étude 4

- , « L'affaire des “Caricatures de Mahomet” : liberté de caricature et respect des croyances », *JCP G*, 2007, II, p. 10079
- DERVIEUX, V., « Audience et laïcité », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 262, p. 6
- DEUMIER, P., « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*, 2015, p. 2022
- , « Contrôle concret de conventionalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, p. 578
- DIJOUX, R., « La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne », *Les Cahiers de droit*, 2012, n° 4, vol. 53, p. 861
- DISSAUX, N., « Les standards doctrinaux », *RDA*, 2014, n° 9, p. 36
- DOMINGO, R., « A New Global Paradigm for Religious Freedom », *Journal of Church and State*, 2014, 56.3, p. 427
- DONEGANI, J.-M., « Religion, Culture et Société », *Transversalités*, 2008, n° 1, Vol. 105, p. 107
- DREUILLE, J.-F., « Le terroriste, criminel ou “ennemi” ? », *Délibérée*, Oct. 2017, n° 2, p. 13
- , « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence - Revue critique (JRC)*, 2012
- , « Droit pénal et politique de l'ennemi », *JRC*, 2015
- DREYER, E., « Droit de la presse et droits de la personnalité », *D.*, 2011, p. 780
- DUMONT, C., « Radicalisation djihadiste, liberté religieuse et laïcité en prison », *AJ Pénal*, 2016, p. 70
- DUMORTIER, T., « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion “protectrice” », *REVDH*, 2013, n° 3, en ligne : <<http://revdh.revues.org/189>>
- DUNDES RENTELN, A., « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, n° 1, vol. 20, p. 47
- DURKHEIM, E., « De la définition des phénomènes religieux », *Année sociologique*, 1897-1898, p. 1
- , « Le sentiment religieux à l'heure actuelle », *Arch. Sociol. des Rel.*, 1969, 27, p. 73
- DUVERT, C., « La laïcité incertaine. À propos de la question des sectes », *Arch. Ph. Dr.*, 2005, t. 48, p. 109
- , « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique culturelle*, 2014/1, n° 36, p. 23
- , « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *R.R.J. Droit prospectif*, 1996, n° 3, p. 737

E

- EARP, B. D., J. HENDRY et M. THOMSON, « Reason and Paradox in Medical and Family Law : Shaping Children's Bodies », *Medical Law Review*, 2017, n° 4, Vol. 25, p. 604
- EGLIN, M., « La protection des enfants face à la liberté religieuse des parents, notamment dans le cas d'appartenance sectaire des parents », *Enfances & Psy*, 2009/3, n° 44, p. 130
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », *RTD Civ.*, 2005, p. 88
- ESMEIN, A., « La Jurisprudence et la Doctrine », *RTD Civ.*, 1902, p. 13
- ESMEIN, P., « La commercialisation du dommage moral », *D.*, 1954, chron. p. 113
- Esprit*, « La lutte antiterroriste et l'État de droit », 2017/9, p. 86
- EVEILLARD, G., « La nature des décisions prises par les autorités ecclésiastiques en Alsace-Moselle », *RFDA*, 2013, p. 39

F

- FENOUILLET, D., « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *LPA*, 2006, n° 133, p. 9
- FERCOT, C., « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDORF*, 13 juil. 2012
- FILLOD-CHABAUD, A., « Les JAF sont-ils anti-papas ? », *Délibérée*, 2017, n° 2, p. 92
- FILORAMO, G., « Pluralisme religieux et crises identitaires », *Diogène*, 2002, n° 3, vol. 199, p. 34
- FLAUSS, J.-F., « Liberté religieuse », *AJDA*, 2001, p. 480, note sous Cour EDH, [déc.], Dahlab c. Suisse, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98
- , « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2004, p. 317
- FOEGLE, J.-P. et N. KLAUSSER, « La zone grise des notes blanches », *Délibérée*, Oct. 2017, n° 2, p. 41
- FORTIER, V., « Le prosélytisme au regard du droit : une liberté sous contrôle », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, 2008, n° 3, en ligne : <<http://journals.openedition.org/cerri/144>>
- , « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *RDUS*, 2008, p. 386
- , « Justice civile, religions et croyances », *RRJ Droit prospectif*, 1998, p. 961
- , « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *RRJ Droit prospectif*, 2006, n° 2006/3, p. 1145
- FOYER, J., « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 20
- FRAISSINIER-AMIOT, V., « Quand la recherche de l'exigence d'impartialité des tribunaux entraîne des incidences dommageables », *LPA*, 2009, n° 74, p. 11, note sous Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 06-45334
- FRANCILLON, J., « Caricatures de Mahomet : une décision équilibrée », *RSC*, 2007, p. 564
- , « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC*, 2006, p. 625
- FRISCH, W., « Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa », *GA*, 2009, p. 386
- FRISON-ROCHE, M.-A., « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53
- FULCHIRON, H., « Adoption sur kafala ne vaut », *D.*, 2007, p. 816
- , « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472
- , « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.*, 2016, p. 1376
- , « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153
- , « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656
- , « La fidélité en option ? », *Dr. fam.*, 2016, n° 3, repère 3, p. 1
- , « Risque de radicalisation et conflit parentaux : des dangers d'une instrumentalisation », *Dr. Fam.*, 2017, n° 3, comm. 63
- , « The Family court taltaking Religious convictions into Account : a French and European Perspective », *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2014, n° 5, p. 13

G

- GÉA, F., « Communautarisme (religieux) et droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 661
- GANNAGÉ, L., « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. Phil. Dr.*, 2014, t. 57, p. 229
- GARAPON, A., « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, 2008/3-4, p. 139
- , « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, 2017, n° 1-2, p. 47
- GARNETT, R., « A Hands-Off Approach to Religious Doctrine: What are We Talking About? », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 837

- GAUCHET, M., « Les ressorts du fondamentalisme islamique », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 63
- , « Les ressorts du fondamentalisme islamique », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 63
- GAUDEMET, Y., « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n° 2, p. 329
- GAUDIN, P., « Le droit, la philosophie, l'histoire », *Le débat*, 2015, n° 185, p. 109
- , « Est-on sorti de la religion ? La question du “religieux après la religion” selon Marcel Gauchet. Penser avec M. Gauchet contre M. Gauchet », *Monde chinois*, 2013, n° 3, vol. 35, p. 67
- GAUDU, F., « La religion dans l'entreprise », *Droit social*, 2010, p. 65
- , « L'entreprise de tendance laïque », *Droit social*, 2011, p. 1186
- GAUTIER, P.-Y., « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189
- , « Éloge du syllogisme », *JCP G*, 2015, n° 36, p. 902
- GEFFRAY, E., « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA*, 2011, p. 967
- GERVIER, P., « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/4, n° 45, p. 105
- GIARD, B., « Le juge français ne peut baptiser un mouvement de religion », *D.*, 2000, p. 655
- GILBERT, S., « L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait : vers une perte de sens de la voie de fait », *Dr. adm.*, 2013, n° 3, comm. 24
- GIUDICELLI-DELAGE, G., « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 1990/20, p. 201
- , « Droit pénal de la dangerosité. Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 69
- GOETZ, D., « Activisme des Femen et délit d'exhibition sexuelle : la construction d'une jurisprudence », *Dalloz actu.*, 31 mars 2017
- GOLDSTEIN, J. A., « Is there a Religious Question Doctrine ? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs », *Catholic University Law Review*, 2005, n° 4, Vol. 54, p. 497
- GOLDSTEIN, R., « Types de comportement religieux et cadres sociaux dans deux paroisses catholiques anglaises », *Revue française de sociologie*, 1965, p. 58
- GONZALEZ, G., « Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CRDF*, 2010, n° 8, p. 91
- , « Croisade pour les alévis », *JCP G*, 2016, n° 19, p. 570
- , « La liberté européenne de religion et le juge administratif », *RFDA*, 1999, p. 995
- , « Le juge européen et les préjugés », *RTDH*, 2011, p. 199
- GOUTTENOIRE, A., « Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux », *JCP G*, 2009, II, p. 10072
- GOY, R., « La garantie européenne de la liberté de religion », *RDP*, 1991, n° 1, p. 11
- GOYET, C., « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.*, 2001, p. 328
- GRATTON, L., « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.*, 2013, p. 275
- GREENAWALT, K., « Religion as a Concept in Constitutional Law », *California Law Review*, 1984, n° 5, Vol. 72, p. 753
- , « Hands Off! Civil Court Involvement in Conflicts over Religious Property », *Columbia Law Review*, 1998, n° 98, p. 1843
- GRIFFITHS, J., « What is Legal Pluralism », *Journal of legal pluralism*, 1986, p. 24
- GRZEGORCZYK, C., « Le sujet de droit : trois hypostases », *Arch. ph. dr.*, 1989, n° 34, p. 9
- GUIDERE, M., « La veille stratégique sur le terrorisme. Une discipline au service de la justice internationale », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 31, p. 32

- GUILLEMARD, S., « Chronique - Abus de procédure et quérulence : grilles d'analyse et proposition », *Repères*, avril 2014
- , « Chronique - La quérulence : le malheur est dans le prétoire », *Repères*, mai 2013
- GUILMAIN, A., « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Mc Gill Law Journal*, 2015, n° 61, p. 87

H

- HAMMJE, P., « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747
- HASSLER, T., « Il n'y a pas atteinte à la vie privée lorsque la personne qui s'estime lésée ne subit pas elle-même le manquement reproché, mais est dans une situation analogue. La liberté d'expression dégenère en abus de droit lorsqu'une campagne publicitaire exploite la souffrance des malades du SIDA en affichant des corps humains marqués de la mention HIV », *D.*, 1997, p. 89, note sous TGI Paris, 1er févr. 1995
- HAURIOU, M., « Police juridique et fond du droit », *RDT Civ.*, 1926, p. 147
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Le niqab de retour à Strasbourg », *D.*, 2017, p. 1926
- HERO, M., « Religious Pluralization and Institutional Change : The Case of the New Religious Scene in Germany », *Journal of Religion in Europe*, 2008, 1, p. 200
- HERVIEU-LÉGER, D., « Faut-il définir la religion ? Questions préalables à la construction d'une sociologie de la modernité religieuse », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 63/1, p. 11
- , « “Religion”, “secte”, “superstition” : des mots piégés ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2013/2, n° 26, p. 121
- HORWITZ, P., « Churches as First Amendment Institutions: Of Sovereignty and Spheres », *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 2009, n° 79, 44, p. 125
- HOUSSET, E., « La crise de la laïcité et la philosophie », *Vie Sociale*, 2018/1, n° 21, p. 55
- HOUTMAN, D. et S. AUPERS, « The Spiritual Turn and the Decline of Tradition: The Spread of Post-Christian Spirituality in 14 Western Countries, 1981-2000 », *Journal for the Scientific Study of Religion*, 2007, n° 46(3), p. 305
- HUBAC, S., « Laïcité : l'assemblée à la recherche de l'équilibre », *AJDA*, 2014, p. 124
- HUGLO, J.-G., « Le juge ne tranche pas les questions de société », *Semaine sociale Lamy*, 2013, n° 1577, p. 7
- HUNTINGTON, S. P., « Le choc des civilisations ? », *Commentaire*, 1994/2, n° 66, p. 238
- HUNYADI, M., « Le paralogsme identitaire : identité et droit dans la pensée communautarienne », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1, n° 33, p. 43
- HUREL, B., « Impartialité et subjectivité », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 12

I

- IHADDADENE, F., « De l'instruction militaire à l'éducation populaire, que reste-t-il de l'objection de conscience dans le service civique ? », *Mouvements*, 2015/1, n° 81, p. 107
- IZORCHE, M.-L. et M. DELMAS-MARTY, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753

J

- JAKOBS, G., « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7

- JAKOULOFF, K., « Principe de proportionnalité et principe de neutralité : le court-circuitage de la notion d'entreprise de conviction », *LPA*, 2014, n° 192, p. 4
- JAMIN, C., « Cour de Cassation : une question de motivation », *JCP G*, 2015, p. 878
- , « Juger et motiver », *RTD Civ.*, 2015, p. 263
- JENNINGS, J., « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism in Contemporary France », *British Journal of Political Science*, 2000, n° 4, Vol. 30, p. 575
- , « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism in Contemporary France », *British Journal of Political Science*, 2000, n° 4, Vol. 30, p. 575
- JESTAZ, P., « Rapport de synthèse », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1181
- JESTAZ, P., C. JAMIN et J.-P. MARGUÉNAUD, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061

K

- KALSCHER, G. A., « Civil Procedure and the Establishment Clause: Exploring the Ministerial Exception, Subject-Matter Jurisdiction, and the Freedom of the Church », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2008, n° 148, Vol. 17, p. 43
- KELSEN, H., « La méthode et la notion fondamentale de théorie pure du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1934, n° 41 (2), p. 183
- KISLOWICZ, H., « The Court and Freedom of Religion », *The Supreme Court Law Review*, 2017, n° 78, p. 221
- KOPPELMAN, A., « The Troublesome Religious Roots of Religious Neutrality », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 865
- KOUBI, G., « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ? », *JCP G*, 1987, I, p. 3292
- , « La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective », *Les Cahiers de Droit*, 1999, n° 40, p. 721
- , « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, p. 1301
- , « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA*, 2003, p. 1055
- , « La laïcité sans la tolérance », *RRJ Droit prospectif*, 1997, p. 715
- , « Le "bricolage religieux", un outil pour repenser le rapport entre règles juridiques et croyances religieuses », *RRJ Droit prospectif*, 2005, p. 435
- , « Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ? », *RRJ Droit prospectif*, 1993, p. 451
- KURLAND, P., « Of Church and State and the Supreme Court », *University of Chicago Law Review*, 1961, n° 1, Vol. 29
- KYMLICKA, W., « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique*, 2015, n° 1, vol. 9

L

- LACROIX, J., « Communautarisme et pluralisme dans le débat français. Essai d'élucidation », *Éthique publique*, 2007, n° 1, vol. 9
- LALOUETTE, J., « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, 2013/4, n° 162, p. 45
- LAMBELET COLEMAN, D., « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberal's Dilemma », *Columbia Law Review*, 1996, n° 5, Vol. 96, p. 1093

- LAMPRON, L.-P., « Pour que la tempête ne s'étende jamais hors du verre d'eau : réflexions sur la protection des convictions religieuses au Canada », *McGill Law Journal*, 2010, n° 55 (4), p. 744
- LAMY, B. DE, « Pratique religieuse d'un parent et détermination de la résidence d'enfants mineurs », *Dr. fam.*, 2004, n° 2, com. 30, p. 37, note sous Cour EDH, Palau-Martinez c. France, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01
- LAMY, F., « La production de la sécurité publique », *Arch. pb. dr.*, 2015, n° 58, p. 17
- LANDHEER-CIESLAK, C., « Le juge et la femme voilée : quelle neutralité pour la salle d'audience au Canada et au Québec ? », *JCP A*, 2018, n° 27, 2206
- , « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », *Les Cahiers de droit*, 2006, n° 4, vol. 47, p. 623
- , « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », *Les Cahiers de droit*, 2006, n° 2, vol. 47, p. 239
- , « L'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal en droit civil français et québécois », *Revue générale de droit*, 2007, 37 (1), p. 97
- LANGLOIS, C., « Religieux, culte ou opinion religieuse : la politique des révolutionnaires », *Revue française de sociologie*, 1989, XXX, p. 471
- LARRALDE, J.-M., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH*, 2006, n° 65, p. 35
- LARRIBAU-TERNEYRE, V., « La recevabilité du divorce pour altération définitive du lien conjugal malgré la clause d'exceptionnelle dureté opposée au divorce pour rupture de la vie commune », *Dr. Fam.*, 2011, n° 6, p. 29, note sous CA Poitiers, 10 nov. 2010, n° 09-03731, JurisData n° 2010-027452
- LASSERRE, V., « Droit et religion », *D.*, 2012, p. 1072
- LATOUR, X., « La première injonction d'effacement de données dans un fichier intéressant la sûreté de l'État : une victoire à la Pyrrhus ? », *JCP G*, 2017, p. 652
- LAURIN, Y., « L'amicus curiae », *JCP G*, 1992, n° 31, doct. 3603
- LE BAUT-FERRARESE, B., « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, p. 1383
- LE BRAS, G., « Pour un examen détaillé et pour une explication historique de l'état du catholicisme dans les diverses régions de France », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1931, p. 415
- LE BRIS, C., « La contribution du droit à la construction d'un "vivre ensemble" : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1, n° 92, p. 75
- LE ROUX, M., « Usager du service public et laïcité », *RFDA*, 2013, p. 727
- LEBLOIS-HAPPE, J., X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *Revue internationale de droit pénal*, 2010/1, p. 277
- LECLERC, J., « Le juriste confronté aux "Réflexes" interprétatifs du juge », *LPA*, 19 déc. 2001, n° 252, p. 19
- LEGEAY, H., « La liberté religieuse au miroir de l'unité nationale égyptienne. Le cas des procès des chrétiens convertis à l'islam et revenus au christianisme », *Journal des anthropologues*, 2007, p. 51, en ligne : < <http://jda.revues.org/2957> >
- LEGRAND, P., « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779
- LEMAIRE, F., « À propos du bonheur dans les constitutions », *RFDA*, 2015, n° 1, p. 107
- LEMOULAND, J.-J., « Nullité. C. civ., art. 180. Futur mari. Liaison cachée à la future épouse. Intention de rompre (non). Fiançailles et mariage religieux. Sentiments religieux profonds. Erreur sur une qualité essentielle (oui). Erreur déterminante (oui). Nullité (oui) », *JCP N*, 1986, p. 101280

- LEPAGE, A., « Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée », *Dr. pénal*, 2007, n° 5, comm. 66
- LEROUZIC, L.-M., « La Cour européenne des droits de l'Homme lève le voile sur la conventionnalité de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *LPA*, 2015, n° 8, p. 7
- LEROYER, A.-M., « Mariage - Personnes de même sexe - Adoption - Nom - État civil - Livret de famille », *RTD Civ.*, 2013, p. 675
- LEVINE, S. J., « The Supreme Court's Hands-off Approach to Religious Doctrine: An Introduction », *Notre Dame Law Review*, 2009, vol. 84:2, p. 793
- LEVINET, M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, p. 3
- LIBCHABER, R., « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, p. 2044
- , « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 575
- LINDON, R., *D.*, 1985, p. 528, note sous TGI Paris, 12 mars 1985
- LOCHAK, D., « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, 2003-2004, n° 48, p. 13
- , « Table ronde », *LPA*, 2013, n° 151, p. 33
- LOISEAU, G., L. PÉCAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886
- LONGUET MARX, A., « Des paradoxes du neutre », *Communications*, 1996, n° 63, p. 175
- LOUVEL, B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1326
- , « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, 2015, p. 1122

M

- MACDONALD, R. A., « Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1998, n° 15, p. 69
- , « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS*, 2002, n° 33, p. 135
- MACHELON, J.-P., « Combats d'hier, laïcité d'aujourd'hui », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 83
- MADIOT, Y., « Le juge et la laïcité », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 73
- MADURAUD, A.-L., « “La sécurité est la première des libertés” : pour en finir avec une antienne réactionnaire », *Délibérée*, févr. 2018, n° 3, p. 86
- MAGENDIE, J.-C., « Charlie Hebdo, la laïcité et la protection des croyances », *JCP G*, 2015, n° 3, p. 43
- MAGNIER, V., « La notion de justice impartiale », *JCP G*, 2000, n° 36, doctr. 252, p. 1595, note sous Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, n° 97-16440
- MALAURIE, P., « Droit, sectes et religion », *A.P.D. "Droit et religion"*, 1993, p. 211
- , « Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G*, 2005, n° II, p. 10109
- , « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », *JCP G*, 2001, n° I, p. 9
- , « L'affiche du film “Amen” représentant une “croix catholique prolongée d'une croix gammée” n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite », *JCP G*, 2003, II, p. 10064
- , « Rejet de l'annulation du mariage pour mensonge sur la virginité », *JCP G*, 2009, p. 10005

- , « Une affiche publicitaire parodiant un des fondements du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G*, 2007, II, p. 10041
- , « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, 2008, n° II, p. 10151
- MARAIS, A., « Liberté religieuse et bail », *RDC*, 2003, n° 1, p. 220
- MARGUÉNAUD, J.-P., « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *D.*, 2010, p. 685
- , « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2003, p. 383
- , « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ.*, 2014, p. 307
- , « Mariages et signes religieux : laïcité quand tu nous tiens ! », *RTD Civ.*, 2009, p. 285
- MARGUÉNAUD, J.-P. et J. MOULY, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, p. 36
- , « Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.*, 2001, p. 574, note sous Cour EDH, Fuentes Bobo c. Espagne, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98
- MARTENS, P., « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 627
- MARTIN, P., « Des mots pour la "religion" ou le "religieux" ? », *Histoire, monde et culture religieuse*, 2013, n° 2, 26, p. 5
- MARTIN, R., « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », *D.*, 1994, p. 308
- MARTIN-VALENTE, S., « La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'assemblée plénière du 12 juillet 2000. Approche critique », *Legipresse*, 2003, II, p. 71
- MASSIS, T., « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », *D.*, 1992, p. 113
- , « Le droit au respect des croyances, un droit fondamental de la personnalité ? », *LEGICOM*, 2015/2, n° 55, p. 53
- MATHEY, N., « Chronique de droit privé », *Société, droit et religion*, 2017/1, n° 7, p. 141, (v. sous "Religion et justice")
- MAURY, J., « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », *Recueil Lambert*, 1938, t. 1, p. 421
- MAYAUD, P.-Y., « Les abus de la presse ou la part respective des responsabilités pénal et civile », *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 120
- MAZEAUD, D., « Seins versus Saints », *JCP G*, 2017, n° 14, p. 361
- MEKKI, M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 2015, p. 816
- MERRIGAN, T., « La prière comme pratique religieuse. La quête d'une dimension ultime dans la spiritualité athée, le bouddhisme et la religion théiste », *Recherches de Science Religieuse*, 2016/3, Tome 104, p. 353
- MIÈRE, E. LE, « Le costume d'avocat est un symbole de l'unité de la profession », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 9, (propos recueillis par Laurence Garnerie)
- MILLEVILLE, S., « Droits fondamentaux : entre nullité relative et nullité absolue, faut-il vraiment choisir ? », *RDLF*, 2013, chron. n° 1
- MINNERATH, R., « La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit », *Revue conscience et liberté*, 1990, n° 40, p. 17
- MOIZARD, N., « La neutralité des salariés dans l'entreprise », *Rev. tran.*, 2016, p. 817

- MORANGE, J., « Le "mystère" de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507
- MORET, A., « Le jugement du roi mort dans les textes des pyramides de Saqqarah », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1921, n° 31, p. 3
- MOSÈS, S., « Émile Benveniste et la linguistique du dialogue », *Revue de métaphysique et de morale*, 2001/4, n° 32, p. 509
- MOTULSKY, H., « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP G*, 1966, I, p. 1996
- MOULY, J., « L'affaire Baby Loup devant la Cour de renvoi : la revanche de la laïcité ? », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 65
- MURAT, P., « États généraux du droit de la famille - Intervention de Pierre Murat », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 35

N

- NERSON, R. et J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'autonomie de la théorie des nullités de droit civil », *RTD Civ.*, 1981, p. 135
- NOVA, P., « Retour sur un événement monstre », *Le Débat*, 2015, n° 185, p. 4
- NOWLIN, C., « The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002, n° 24, p. 264

O

- OBADIA, L., « Terminologie des sciences des religions et vocabulaire anthropologique. Retour sur l'abstrait et l'empirique dans le répertoire conceptuel », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2013/2, n° 26, p. 41
- OBIORA, A.L., « Bridges and Barricades : Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign against Female Circumcision », *Case Western Reserve Law Review*, 1997, 47, p. 275
- ODENT, M., *S.*, 1944, p. 162
- OETHEIMER, M., « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *RTDH*, 2007, p. 63
- OLIVETTI, M., « Laïcités parallèles », *Constitutions*, 2010, p. 535
- ORIANNE, P., « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1037
- OTERO C., « Écrire pour dialoguer ou se rebeller ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2014/2, p. 229
- OUEDRAOGO, A., « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26.1, p. 155, en ligne : <https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_26-1_6_Ouedraogo.pdf>

P

- PARIZOT, R., « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique culturelle*, 2014/1, n° 36, p. 9
- PARSANOGLU, D., « Multiculturalisme(S) », *Socio-anthropologie*, 2004, 15
- PARSONS, T., « Réflexions sur les organisations religieuses aux États-Unis », *Arch. de Sociologie des Religions*, 1957, 3, p. 21
- PERREUX, E., « Enseigner l'éthique et la déontologie aux futurs magistrats », *Les Cahiers de la Justice*, 06/2018, n° 2, p. 267

- PERRINEAU, P., « Sur la notion de culture en anthropologie », *Revue française de science politique*, 1975, 25-5, p. 946
- PETIT, P., « The Consequentialist can Recognize Rights », *The Philosophical Quarterly*, 1988, vol. 38, p. 42
- PHILIP-GAY, M. et H. FULCHIRON, « La laïcité : un principe, des valeurs », *D.*, 2015, p. 274
- PHILIP-GAY, M., « Valeurs de la République et Islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, 2018, n° 6, p. 59
- , « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *RFDA*, 2018, p. 613
- PHILIPPE, C., « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. Fam.*, 2003, n° 5, chron. 16, p. 17
- PIERRÉ-CAPS, S., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *RSAMO*, 1990, n° 31, p. 141
- PIERRON, J.-P., « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les Cahiers de la Justice*, 2018/3, p. 491
- PIETERSE, J. N., « The Case of Multiculturalism: Kaleidoscopic and Long-Term Views », *Social Identities*, 2001, n° 3, Vol. 7, p. 393
- PIN, X., « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviance et société*, 2010/4, p. 527
- PINARD, D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *RRJ Droit prospectif*, 1988-4, p. 1069
- PORTMANN, A., « Réglementation du costume d'audience : le casse-tête autour des signes religieux », *Dalloz actualité*, 7 déc. 2016
- Pouvoirs*, « La lettre de Jules Ferry aux instituteurs (27 novembre 1883) », 1995, n° 75, p. 109
- PRÉLOT, P.-H., « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, 2001, p. 737
- PROULX, D., « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne. Étude comparative », *RDUS*, 1980, n° 2, vol. 10, p. 417
- PUIG, P., « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.*, 2016, p. 70
- PUPPINCK, G., « Objection de conscience et droits de l'homme. Essai d'analyse systématique », *Société, droit et religion*, 2016/1, n° 6, p. 209
- PUTMAN, E., « La liberté religieuse ne doit pas porter atteinte à l'harmonie de la copropriété », *RJPF*, 2006, n° 10, p. 12

R

- RADE, C., « L'après Baby Loup », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1536
- RASCHEL, E., « L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression », *JCP G*, 2014, n° 13, p. 384
- RAVANAS, J., « Liberté de la presse et responsabilité civile : l'illusion d'une hiérarchie des normes en conflit », *D.*, 1997, p. 268
- RAYNAUD, J., « Harmonie de l'immeuble contre liberté religieuse : la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ? », *AJDI*, 2006, n° 9, p. 509
- RENARD, M.-R., « Le régime juridique de la liberté religieuse », *JCP G*, 1998, n° II, p. 10025
- , « Le régime juridique de la liberté religieuse », *JCP G*, 1998, n° II, p. 10025, note sous CA Lyon, 28 juil. 1997, Jurisdata n° 1997-045013

- RENUCCI, Fl., « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIXe siècle à nos jours. Le cas de refus de délivrance du gueth en droit interne », *CHJ@éditionélectronique*, 2011, disponible sur le site Academia.edu
- RIBEIRO, L., « Le droit de guérir », *Bulletin de l'ordre des médecins*, 1955, n° IV, p. 333
- RICHARDS, E. P., « The jurisprudence of prevention: the right of societal self-defence », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1989 (16), p. 16
- RINGELHEIM, J., « La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape », *CRIDHO Working Papers*, 2017/2, en ligne : <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO-WP-2017-2-JR.Art.14.pdf>
- RIVERO, J., « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 421
- ROBERT, J., « La liberté religieuse », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 629
- ROJINSKY, C., « L'autonomie inachevée du droit de la presse », *Legipresse*, 2002, II, p. 85
- ROLLAND, P., « La critique, l'outrage et le blasphème », *D.*, 2005, p. 1326
- , « La religion, objet de l'analyse juridique », *HAL*, 2013, en ligne : <<halshs-00872395>>
- , « Georges Sorel et la démocratie au XX^e siècle. Une critique éthique de la démocratie », *Mil neuf cent*, 1991, n° 9, p. 129
- ROMAN, D., « Fin des menus de substitution dans les cantines scolaires : “Cochon qui s'en dédit !” », *AJDA*, 2017, p. 2207
- , « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508
- ROME, F., « La “burqattitude” », *D.*, 2009, p. 1585
- ROUDIER, K., « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/2, n° 51, p. 37
- ROULAND, N., « À la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et culture*, 1998, n° 36, p. 217
- , « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, Vol. 27, p. 380
- ROUX, C., « La laïcité “à la carte” », *Dr. Adm.*, 2017, n° 4, alerte 51

S

- SAINT-MARTIN, I., « Christ, Pietà, Cène, à l'affiche : écart et transgression dans la publicité et le cinéma », *Ethnologie française*, 2006, n° 1, vol. 36, p. 65
- SALEILLES, R., « L'origine du droit et du devoir », *Revue Montalembert*, 1909, p. 251
- , « Fondement et développement du droit », *RJE*, n° 22, p. 44
- , « École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *RTD Civ.*, 1902, n° II, p. 104
- SAROGLOU, V., « Spiritualité moderne. Un regard de psychologie de la religion », *Revue Théologique de Louvain*, 2003, n° 34-4, p. 473
- SAUVIGNY, G. DE BERTIER DE, « Mgr de Quélen et les incidents de Saint-Germain l'Auxerrois en février 1831 », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1946, n° 120, t. XXXII, p. 110
- SCHIRATZKI, J., « Banning God's Law in the name of the Holy Body - The Nordic Position on Ritual Male Circumcision », *The Family in Law*, 2011, Vol. 5, p. 35, en ligne : <<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:549517/FULLTEXT01.pdf>>
- SCHMIDT, J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *RIDC*, 1987, n° 1, p. 43

- SCHWARTZMAN, M., « Judicial Sincerity », *Virginia Law Review*, 2008, vol. 94, p. 987
- SCOFFONI, G., J. BELL et J. WOERHLING, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier-juin 2002) : Canada, Royaume-Uni », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 1, vol. 53, p. 187
- SELLIN, T., « Culture, Conflict and Crime. », *American Journal of Sociology*, 1938, n° 1, Vol. 44, p. 97
- SÉRIAUX, A. et J. VILLACÈQUE, D., 1984, p. 520, note sous TGI Perpignan 29 févr. 1984
- SOLDINI, D., « Santi Romano : penseur pluraliste et étatiste », *Juspoliticum*, juin 2015, n° 14
- STRUGALA, C., « Le juge et l'enfant face au choix religieux des parents », *Bull. Aix*, 2006-1, p. 32
- STURLÈSE, B., « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, n° 2016/2, p. 398
- SU, A., « Judging Religious Sincerity », *Oxford Journal of Law and Religion*, 17 févr. 2016, n° 5(1), p. 28, en ligne : <https://www.academia.edu/18716051/Judging_Religious_Sincerity>
- SUDRE, F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, n° 28, p. 1365
- , « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, p. 364
- SUHAS, M., « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions*, 2011, p. 205
- SURREL, H., « La Cour de Strasbourg donne une leçon de droits de l'homme à Dieudonné », *JCP G*, 2015, n° 51, p. 1405

T

- TARDY-JOUBERT, S., « Mon assigné va craquer », *LPA*, 2016, n° 190, p. 4
- TERRÉ, D., « Le pluralisme et le droit », *Arch. ph. dr.*, 2005, n° 49, p. 69
- TERRÉ, F., « Le droit et le bonheur », *D.*, 2010, p. 26
- , *JCP G*, 1991, n° 45, II, p. 21752, note sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991
- TETU, M., « Le client roi : le fait religieux en entreprise au regard du droit de l'Union Européenne », *À paraître*
- THIOYE, M., « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ Droit prospectif*, 2014/4, p. 1669
- TOUFFAIT, A. et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 1974, p. 487
- TOUZEIL-DIVINA, M., « La liberté de conscience d'un agent prêtre et administrateur prime sur la laïcité de tous les agents et usagers du service public (Lol bis la Laïcité) », *JCP A*, 2018, n° 27, p. 585
- TRESMONTANT, C., « De quelques malentendus philosophiques et théologiques », *Arch. Ph. Dr.*, 1993, n° 38, p. 141
- TROPER, M., « Le positivisme juridique », *Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse*, 1987, 118-119, p. 187
- TUNC, A., « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RID comp.*, 1978, p. 433
- , « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, 1970, n° 2, Vol. 22, p. 247
- TUSHNET, M., « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Virginia Journal of International Law*, 2009, n° 50, p. 985
- TUSSEAU, G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA*, 2009, p. 641

U

- ULLA, M., « La Charte des valeurs québécoises : le difficile équilibre entre l'aménagement de la diversité des croyances et l'organisation de l'État autour du principe de laïcité », *Constitutions*, 2014, p. 281
- UNTERMAIER-KERLÉO, E., « La portée déontologique du principe de laïcité pour les acteurs de la justice », *JCP A*, 2018, n° 27, p. 2202

V

- VALETTE-ERCOLE, V., « Dénigrement ou diffamation ? », *D.*, 2008, p. 672
- VALLAR, C., « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *D.*, 2009, p. 345
- VANDERLINDEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ Droit prospectif*, 1993, n° 2, p. 573
- VERMEULEN, B.-P., « Waarom de vrijheid van godsdienst in de Gronwet moet blijven », *Socialisme en Democratie*, 2008/3, p. 14
- VIGNEAU, V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.*, 2017, p. 123
- VILLACÈQUE, J., *D.*, 1988, p. 5 (jurisprudence), note sous Cass. civ. 2e, 9 juil. 1986 et CA Montpellier, 16 févr. 1987
- , « Divorce pour 1 rupture de la vie commune. Demande du mari. Débouté (oui). Clause d'exceptionnelle dureté fondée sur les convictions religieuses de l'épouse défenderesse. Caractérisation (oui). C. civ., art. 240. Application. », *JCP G*, 1991, II, p. 21764, note sous CA Colmar, 23 nov. 1990
- VILLEVIEILLE, J.-F., « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, 1973, n° 19, 1, p. 922
- VITSE, S., « Conditions de l'assistance éducative pour des mineurs dont les parents sont affiliés à une secte », *D.*, 1996, p. 239, note sous Cass. civ. 1ère, 28 mars 1995

W

- WACHSMANN, P., « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.*, 2016, p. 473
- WADE, L., « Learning from “Female Genital Mutilation” : Lessons from 30 Years of Academic Discourse », *Ethnicities*, 2012, 12(1), p. 26
- WAQUET, P., « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, p. 1427
- , « Le droit actuel offre toutes les ressources utiles », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 485
- WIEVIORKA, M., « Le multiculturalisme est-il une réponse ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1998, p. 233
- , « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 61
- WOERHLING, J.-M., « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill Law Journal*, 1997-1998, n° 43, p. 325
- , « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, 2011/1, p. 63
- WYVEKENS, A., « La justice et la “diversité culturelle” “les yeux grand fermés” ? », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, p. 123

Y

- YORK, M., « Le supermarché religieux : ancrages locaux du Nouvel Âge au sein du réseau mondial », *Social Compass*, 1999, n° 46(2), p. 173

Z

- ZENATI-CASTAING, F., « La nature de la Cour de Cassation », *BICC*, 2003, n° 575, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2003_1615/n_575_1652/
- , « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2016, p. 511

ARTICLES (PRESSE GENERALISTE)

- ANDREWS, T. L., « Afrique du Sud. Une greffe de pénis pour redevenir un homme », *Courrier International* (29 mars 2018), p. 34, , extrait d'un article publié dans le magazine indépendant Undark, Cambridge
- BESSEMS, K., « Religious symbol niet achter de balie », *De Pers* (20 mars 2011)
- DE BEER, P., « De overheid moet principieel weigeren zich uit te laten over godsdienst », *NRC Handelsblad* (27 oct. 2007)
- DUCHEMIN, D., « Vacances au pays, destination excision », *Slate* (25 févr. 2018), en ligne : <http://www.slate.fr/story/157351/excision-au-pays-vacances-filles-mutilation-sexuelle>
- KINTZLER, C., « "Radicalisation" de la laïcité : les propos ambigus du Président Macron », *Causeur* (2 janv. 2018)
- MASTOR, W., « Du danger de "l'appropriation culturelle" pour les sciences humaines », *Le Monde* (2 janv. 2019), p. 19
- OSBORNE, J., « Mon week-end avec un pastafarien convaincu », *Vice* (10 févr. 2015), en ligne : <https://www.vice.com/fr/article/my-weekend-with-a-surrey-bc-pastafarian-712>, dernière consultation le 6 juin 2017
- PARIS, E., « Canadians must never take multiculturalism for granted », *The Globe and Mail* (7 juil. 2016), en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/opinion/canadians-must-never-take-multiculturalism-for-granted/article30773630/>, mis à jour le 16 mai 2018
- PERON, I. et S. VINCENDON, « La délicate gestion d'un prisonnier en grève de la faim », *L'Express* (9 oct. 2018), en ligne : https://www.lexpress.fr/actualite/societe/comment-gerer-un-prisonnier-en-greve-de-la-faim_2039019.html
- PORTALIS, *Le Moniteur universel* (30 janvier 1831), p. 199
- ROUSSEAU, D., « Constitutionnalisme et démocratie », *laviendesidees.fr* (19 sept. 2008), p. 6, en ligne : <http://www.laviendesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>
- SENNEVILLE, V. DE, « Quand les algorithmes entrent dans les prétoires », *Les Échos* (22 03 2017), en ligne : <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/0211898197671-quand-les-algorithmes-entrent-dans-les-pretoires-2074302.php#xtor=CS1-33>
- ZOLA, E., « J'accuse », *L'Aurore* (13 janv. 1898)

RAPPORTS

- A. GEST et J. GUYARD, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, Assemblée Nationale, 1995, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r2468.aspi>

- BÉGOT, A.-C., *La gestion du fait religieux au sein de l'institution médicale. Perspective historique et étude de cas : des patients touchés par le VIH/Sida et leurs médecins*, Rapport remis à l'association Sidaction, oct. 2005
- BAROIN, F., *Pour une nouvelle laïcité*, Rapport au Premier Ministre, 2003
- BOUCHARD, G. et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, Rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, 2008
- BUFFET, F.-N., *Rapport n° 6999 (2009-2010) fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, déposé au Sénat le 8 septembre 2010
- COHEN, M. et P. PASQUINO, *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit. Le cas des Cours souveraines et des Cours constitutionnelles*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013
- Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République (Rapport Stasi)*, 11 déc. 2003, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>
- Commission européenne des droits de l'Homme, *Travaux préparatoires de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, DH (56) 14, 1956
- Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral*, rapport adopté par l'Assemblée plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010
- , *Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses*, 2014
- , *Un siècle de laïcité*, Rapport public, 2004
- Conseil de l'Europe, *Livre blanc sur le dialogue interculturel. "Vivre ensemble dans l'égalité"*, 2008
- , *Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion*, Conseil de l'Europe (Division de la recherche), 2013, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_FRA.pdf>
- , *State, Religion, secularity and human rights (Recommandation 1804)*, 2007, en ligne : <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17568&lang=en>>
- , *Guide sur l'article 9. Liberté de pensée, de conscience et de religion*, Division de la recherche et de la bibliothèque, Conseil de l'Europe, 2015, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf>
- Cour de cassation, *Rapport annuel : L'ordre public*, 2013, en ligne : <https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/>
- DEBRE, J.-L., *Rapport sur la question du port des signes religieux à l'école*, Rapport fait au nom de la mission d'information - Assemblée nationale, 2003, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t1.asp#P566_127369>
- Défenseur des Droits, *Rapport annuel d'activité 2017*, 2018
- DEWING, M., *Le multiculturalisme canadien*, Bibliothèque du Parlement, 2013, en ligne : <<http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2009-20-f.pdf>>
- FENECH, G., *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en oeuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015*, Assemblée nationale, 5 juil. 2016
- GARRAUD, J.-P., *Rapport n° 2648 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, enregistré à l'Assemblée nationale le 23 juin 2010
- GAUDEMET-BASDEVANT, B., *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, Conseil constitutionnel français, 1998, en ligne : <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/bilan_99/libreg.pdf>

- GERIN, A. et E. RAOULT, *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Assemblée nationale, 26 janv. 2010, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>>
- GRÜNDLER, T., *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, [Rapport de recherche] Ardis, 2016
- GUERDER, P., *L'évolution récente de la jurisprudence civile en matière de presse*, Rapp. annuel de la Cour de cassation, 1999
- Haut Conseil à l'Intégration, *Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise. Avis*, 2011, en ligne : <<http://archives.hci.gouv.fr/IMG/pdf/HCI-Avis-laicite-entreprise-pdf-2.pdf>>
- , *Faire connaître les valeurs de la République*, La Documentation française, 2009
- HYEST, J.-J. et G.-P. CABANEL, *Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, Sénat, 2000
- JOUANNO, C., *La laïcité et l'égalité femmes-hommes*, Rapport d'information n° 101 fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Sénat, 3 nov. 2016
- M. PHILIP-GAY (dir.), *La laïcité dans la Justice*, Mission de recherche Droit et Justice, 2019
- POLETTI, B., *Rapport d'information n° 2646 fait au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, enregistré à l'Assemblée nationale le 23 juin 2010
- Rapport mondial sur le développement humain. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Programme des Nations Unies pour le développement, 2004, en ligne : <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2004_fr.pdf>
- Secrétariat général de l'O.N.U., *Commentaire des Projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, A/2929, Secrétaire général de l'O.N.U., 1955
- UNESCO, *Déclaration de principes sur la tolérance*, 16 nov. 1995

DOCUMENTS WEB

- « La politique canadienne du multiculturalisme de 1971 », *Musée canadien de l'immigration du Quai 21*, en ligne : <<https://quai21.ca/recherche/histoire-d-immigration/la-politique-canadienne-du-multiculturalisme-de-1971>>
- Cour de cassation, « Liste des experts agréés par la Cour de cassation, année 2017 », en ligne : <https://www.courdecassation.fr/IMG///20170410_liste_experts_nationale_cour-de-cassation.pdf>
- GABORIAU, S., « L'impartialité du juge n'est pas la neutralité. Pour une conception engagée de la fonction judiciaire », *MEDEL*, en ligne : <<http://www.medelnet.eu/images/Gaboriau.pdf>>
- GAUDIN, P., « Missions de l'Institut européen en sciences des religions et missions de l'école », *Institut européen en sciences des religions*, en ligne : <<http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/laicite/enseignements-faits-religieux/missions-linstitut-europeen-sciences-religions-missions-lecole>>
- LETTERON, R., « La Cour européenne écarte la Charia », *Libertés, libertés chéries*, en ligne : <<http://libertescheries.blogspot.com/2018/12/la-cour-europeenne-ecarte-la-charia.html>>, 27 déc. 2018
- PENA-RUIZ, H., « Faut-il "apaiser" la laïcité ? », *Rue des écoles*, 18 sept. 2016, *Podcast France Culture*, en ligne : <<http://www.franceculture.fr/emissions/rue-des-ecoles/faut-il-apaiser-la-laicite>>
- ROZÈS, S., « Discours prononcé à l'Audience solennelle de début d'année judiciaire (6 janv. 1988) », *en ligne sur le site web de la Cour de cassation*

SAUVÉ, J.-M., « Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français », *Contribution à l'étude collective réalisée à l'occasion du 15ème anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Liberte-de-conscience-et-liberte-religieuse-en-droit-public-francais>>, 11 oct. 2017

VALFORT, M.-A., « Discriminations religieuses à l'embauche, une réalité », *Étude réalisée par l'Institut Montaigne (octobre 2015)*, en ligne : <<https://www.institutmontaigne.org/publications/discriminations-religieuses-lembauche-une-realite>>

TABLE DE JURISPRUDENCE

FRANCE

Les décisions sont classées par ordre chronologique et par ordre de juridictions.

JURIDICTIONS JUDICIAIRES

- CA Colmar, 6 déc. 1811, *S.* 1811, 2, p. 588.
- Cass. Crim., 23 juin 1838, *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, Imprimerie de Guiraudet et Jouaust, 1838.
- Trib. de police de la Tremblade, 22 nov. 1838, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, 1839, p. 637.
- Cass. Crim., 1^{er} juin 1839, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Imprimerie de Cosse et J. Dumaine, 1839, p. 638.
- CA Agen, 6 juill. 1860, *S.* 1860, 2, p. 353.
- Cass. Crim., 20 févr. 1863, *Caderousse-Gramont c. Dillon*, *S.* 1863, 1, 321, rapp. NOUGUIER ; *D. P.* 1864. 1. 102.
- CA Alger, 29 juil. 1875, *Jurisprudence algérienne (JA)*, 1875, p. 35.
- Cass. (req.), 28 février 1876, *Sirey*, 1877, p. 27.
- Cass. 15 juin 1892, *S.*93.I.281 note LABBÉ.
- Cass. Civ. 29 mai 1905, *S.* 1906-I-161 note PILLET ; *D.P.* 1905-I-353 ; CLUNET 1905-1006.
- CA Alger, 9 avr. 1908, *RA*, 1910.II.51.
- Trib. Civ. Seine, 30 nov. 1909, *S.* 1911. 2. 37.
- Cass. civ. 24 déc. 1912, *S.* 1913, I, p. 378.
- CA Paris, 4 déc. 1912, *D.* 1914. 2. 213.
- CA Toulouse, 26 janv. 1914, *D. P.* 1914. 2. 93.
- Cass. Civ. 13 févr. 1923, *D. P.* 1923.I.52, note LALOU.
- Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924, 2, p. 201.
- Trib. corr. La Rochelle, 31 déc. 1925.
- Cass. Crim., 22 nov. 1934, *S.* 1936.1 p. 209.
- Cass. Civ., 16 mars 1937, *S.* 1937. 1. 184.
- CA Caen, 13 nov. 1942, *D.C.* 1944.88.
- CA Paris, 23 juil. 1943, *D.C.* 1944. 88, note CARBONNIER.
- Trib. civ. Seine, 22 janv. 1947, *D.*1947.126.
- Cass. Civ., 2 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1.36, *RTD Civ.*, 1948.332 obs. H. et L. MAZEAUD.
- Cass. Soc., 23 janv. 1948, *JCP* 1948.II.4229.
- Trib. civ. Seine, 4 mars 1951, *JCP G* 1953, II, 23405.
- Cass. Crim., 9 févr. 1954, *D.* 1954. 679.
- Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, *JCP*, 1960.II.11632.
- Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP*, 1960.II.11632.
- CA Paris, 4 févr. 1959, *JCP G*, 1960.II.11632.
- TGI Versailles, 24 sept. 1962.
- CA Paris, 31 janv. 1963.
- CA Chambéry, 15 janv. 1964, *D.* 1964. 605, note J. DAUVILLIER.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1965, *D.* 1965, 216 ; *JCP G*, 1965.II.14064, concl. LINDON ; *RTD civ.* 1965. 335, obs. DESBOIS.

Cass. Civ. 2^e, 20 févr. 1964, *Bull. civ. II*, n° 168.

Cass. Crim. 5 mai 1964, n° 61-92126.

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1964, *JCP G*, 1965.II.13978, note LINDON.

Civ. 1^{ère}, 7 avr. 1965, n° 63-80001.

Cass. Ass. Plén., 23 juin 1972, n° 70-80004.

Cass. Civ. 2^e, 3 déc. 1972, n° 71-12043.

Cass. Crim., 3 janv. 1973, *D.* 1973.220 ; *Rev. Sc. Crim.*, 1973.693 note LEVASSEUR ; *D.* 1974. 591.

TGI Basse-Terre, 25 oct. 1973, *D.* 1974. Somm. 44.

Cass. Crim., 30 oct. 1974, n° 73-93381.

Cass. Civ., 19 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 721, note BARBIER.

TGI Compiègne, 26 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.198, note M. BRAZIER, *D.* 1978.IR.11 obs. BRETON.

TGI Paris, 29 oct. 1976, *JCP G* 1977. II. 18664, note J. CARBONNIER.

TGI Paris, 12 nov. 1976, *JCP* 1976.II.18513, note LINDON ; *D.* 1978.IR.11, obs. BRETON.

TGI Montpellier, 26 janv. 1977, *Gaz. Pal.* 1977.2.474, *D.* 1978.IR.11 obs. BRETON.

TGI Paris, 2 févr. 1977, *JCP* 1977.1.1836.

TGI Boulogne-sur-Mer, 1^{er} avr. 1977, *Jurisdata* n° 1977-760978.

TGI Boulogne-sur-Mer, 15 avr. 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, 2, 410, note B. BRAZIER.

Cass., 21 nov. 1977, *Pas.* 1977, I, p. 314.

TGI Nice, 25 janv. 1978, *D.* 1979.IR.14, obs. BRETON.

Cass. Civ. 2^e, 25 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978.505 note BARBIER.

CA Paris, 16 mars 1978, *Jurisdata* n° 1978-245203, *JCP* 1978.II.18964, note R. LINDON.

TI, ANTONY, 13 juil. 1978, *Jurisdata* n° 1978-761610.

CA Paris, 25 sept. 1978.

CA Paris, 24 oct. 1978, *Jurisdata* n° 1978-1030.

Cass. Civ. 2^e, 16 juil. 1979, *Jurisdata* n° 1979-099218.

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 1979, *JCP G*, 1979. IV. 382.

CA Paris, 29 févr. 1980, *Jurisdata* n° 1980-094101.

CA Paris, 19 mai 1980, *Jurisdata* n° 1980-097341.

CA Paris, 29 oct. 1980, *Jurisdata* n° 1980-098680.

Civ. 2^e, 11 févr. 1981, *Bull. civ. II*, n° 32 ; *Gaz. Pal.* 1981. 1. 372, note VIATTE.

CA Paris, 10 mars 1981, *Jurisdata* n° 1981-024239.

Cass. Civ., 11 mars 1981, *Jurisdata* n° 0960.

CA Rennes, 13 avr. 1981, *Jurisdata* n° 040347.

CA Paris, 26 mai 1981, *Jurisdata* n° 1981-028496.

CA Paris, 28 oct. 1981, *Jurisdata* n° 1981-29594.

TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP* 1986. II. 20573, note LEMOULAND.

Cass. soc., 16 déc. 1981, *Bull. civ.* 1981, V, n° 968.

Cass. Crim. 19 janv. 1982, n° 80-94058.

Cass. Civ. 2^e, 21 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, p. 590, note F. CHABAS ; *JCP G*, 1982.IV.229.

CA Rennes, 10 mai 1982, *Jurisdata* n° 1982-041581.

Trib. corr. Bar-le-Duc, 2 juin 1982, *Jurisdata* n° 1982-600948.

Cass. Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1982, n° 81-14200.

CA Rennes, 6 janv. 1983, *Jurisdata* n° 1983-640190.

CA Douai, 25 févr. 1983, *Jurisdata* n° 1983-040536.

- CA Douai, 25 févr. 1983, *Jurisdata* n° 1983-043768.
- Cass. Civ. 2e, 14 avr. 1983, *Jurisdata* n° 1983-700694.
- Cass. Civ. 1ère, 1er févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 495, note J.M.
- TGI Perpignan, 29 févr. 1984, *D.S.* 1985, note SÉRIAUX.
- CA Pau, 29 mai 1984, *Jurisdata* n° 043132.
- TGI Paris, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.727.
- TGI Paris, 23 oct. 1984, *D.* 1989. Somm. 19.
- TGI Paris, 23 oct. 1984, *Jurisdata* n° 1984-001108, *Gaz. Pal.* 28 nov. 1984, p. 333.
- CA Paris, 26 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.728 ; *Gaz. Pal.* 1984.2 doct. p. 534, note P. BERTIN.
- CA Orléans, 30 avr. 1985, *Jurisdata* n° 044689
- CA Montpellier, 16 févr. 1986, *D.* 1988.5.
- CA Nîmes, 22 mai 1986, *Jurisdata* n° 000334.
- CA Besançon, 24 juin 1986, *D.* 1986. 32.
- CA Douai, 28 nov. 1986, *Jurisdata* n° 01089.
- CA Aix-en-Provence, 5 déc. 1986, *Jurisdata* n° 045502
- CA Paris, 11 mars 1987, *Jurisdata* n° 020909.
- Cass. Crim., 10 juin 1987, n° 86-91014.
- Cass. Civ. 1ère, 21 juil. 1987, n° 85-15044.
- CA Rennes, 18 sept. 1987, *D.* 1988 p. 440, note J.-F. RENUCCI.
- CA Montpellier, 9 nov. 1987, *Jurisdata* n° 02482.
- CA Paris, 20 nov. 1987, *D.* 1988. 30.
- CA Dijon, 22 mars 1988, *Jurisdata* n° 1988-050830, *D.* 1989.250 note HASSLER.
- Cass. Civ. 2e, 15 juin 1988, n° 86-15476, *JCP G*, 1989.II.21223, note M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, *RTD Civ.* 1988.770, obs. P. JOURDAIN.
- CA Aix-en-Provence, 8 sept. 1988, *Jurisdata* n° 049118.
- CA Paris, 17 sept. 1988, *Jurisdata* n° 1988-024761.
- CA Paris, 10 janv. 1989, *RJS* 1989, n° 310.
- CA Aix-en-Provence, 15 févr. 1989, *Jurisdata* n° 1989-051714.
- Cass. civ. 1ère, 7 mars 1989, *JCP G*, 1989. IV. 173.
- CA Paris, 21 avr. 1989, *Jurisdata* n° 1989-027570.
- CA Versailles, 26 juin 1989, *Jurisdata* n° 1989-044026.
- CA Versailles, 12 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 417, note ESTOUP.
- TGI Fort de France, 31 oct. 1989, *Jurisdata* n° 053050.
- CA Poitiers, 15 nov. 1989, *Gaz. Pal.* 1993.
- CA Dijon, 13 déc. 1989, *Gaz. Pal.* 1994.216.
- CA Nancy, 15 déc. 1989, *Jurisdata* n° 1989-049809.
- CA Versailles, 21 déc. 1989, *Jurisdata* n° 1989-051830.
- Civ. 1ère, 10 janv. 1990, *D.* 1990. 26.
- CA Rennes, 7 févr. 1990, *Jurisdata* n° 043635.
- Cass. Civ. 1ère, 14 févr. 1990, n° 87-05074, *JCP G*, 1990. IV. 141 ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 489, note J. MASSIP.
- CA Rennes, 21 mars 1990, *Jurisdata* n° 043902.
- Cass. Civ. 2e, 21 mai 1990, n° 89-12512.
- CA Paris, 25 mai 1990, *JCP E*, 1990.I.20122.
- T.I. Périgueux, 12 oct. 1990, *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine*, 1/91 p. 116 note V.-L. TEYRNEYRE.
- Cass. Civ. 2e, 21 nov. 1990, *Jurisdata* n° 1990-003260, *D.* 1991.434.
- CA Colmar, 23 nov. 1990, *JCP G* 1991.II.21764 note J. VILLACÈQUE.
- CA Paris, 6 déc. 1990, *LPA* 1991, n° 143, p. 13, note J.-Y. PLOUVIN.
- CA Dijon, 4 juin 1991, *Jurisdata* n° 1991-048017, *RTD Civ.* 1992, 75, obs. J. HAUSER.
- CA Grenoble, 4 juin 1991, *JCP G*, 1991.II.21744, note HAUSER.
- CA Versailles, 20 juin 1991, *Jurisdata* n° 043570.

- CA Rennes, 28 juin 1991, *Jurisdata* n° 1991-048130.
- CA Bordeaux, 13 août 1991, *Jurisdata* n° 1991-044329.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15 oct. 1991, n° 90-05042, *Jurisdata* n° 1991-002809.
- CA Versailles 14 nov. 1991, *D.* 1992, rap. 16.
- TGI Paris, 19 déc. 1991, *Gaz. Pal.* 1996.1. Somm. 51.
- CA Orléans, 23 janv. 1992, *JCP* 1993.II.22065, note E. DE MONREDON.
- CA Montpellier, 29 juin 1992, *Jurisdata* n° 034435, *Gaz. Pal.* 1993. Jour. 547, note A. GARAY et P. GONI.
- CA Paris, 13 oct. 1992, *Jurisdata* n° 1992-023690.
- CA Rennes, 18 févr. 1993, *JCP G* 1994.II.22210, note J.-Y. CHEVALLIER ; *Journ. dr. jeunes*, n° 130, déc. 1993, p. 41, note G. RAYMOND.
- CA Versailles, 25 mars 1993, *Jurisdata* n° 041197.
- CA Rennes, 9 avr. 1993, *Jurisdata* n° 044713, *JCP G*, 1994.IV.43.
- CA Paris, 2 déc. 1993, *Jurisdata* n° 023373.
- Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, n° 92/10838, *D.* 1995.226, note C. CHOAIN.
- CA Dijon, 24 févr. 1994, *Jurisdata* n° 1994-040821.
- CA Paris, 24 mai 1994, *Jurisdata* n° 1994-021549.
- CA Versailles, 31 oct. 1994, *Jurisdata* n° 1994-050335, *D.* 1995, p. 245, note E. AGOSTINI.
- CA Montpellier, 7 nov. 1994, *JCP G* 1996, II, 22680, note BRUGUIERE.
- CA Angers, 5 déc. 1994, n° 96-10498, *Jurisdata* n° 1994-053583.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n° 94-05024, *D.* 1996. 239, note S. VITSE ; *Defrénois* 1995. 1390, obs. MASSIP.
- TGI Roanne, 27 juin 1995.
- Trib. corr. Châlon-sur-Saône, 3 juil. 1995.
- CA Paris, 3 juil. 1995, *Jurisdata* n° 1995-023289.
- CA Paris, 3 juil. 1995, *Jurisdata* n° 1995-603708, *JCP* 1996.II.22601.
- Cass. Crim. 24 janv. 1995, n° 93-84701.
- CA Paris, 7 avr. 1995, *Jurisdata* n° 1995-021662.
- Cass. Civ., 8 nov. 1995, *Jurisdata* n° 002980.
- CA Toulouse, 27 nov. 1995, *Jurisdata* n° 1995-051516.
- Cass. Crim., 31 janv. 1996, n° 95-81319.
- CA Pau, 18 juil. 1996, *Jurisdata* n° 1996-049795.
- CA Paris, 26 sept. 1996, *D.* 1996.241; *LPA* 1997.Jur n° 66.17, note YAMBA.
- CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1997, *Jurisdata* n° 040044.
- TGI Paris, 20 févr. 1997, affaire « Larry Flint », *D.* 1998.132, note HASSLER ; *LPA*, 24 févr. 1997, p. 10, note GRAS ; *LPA*, 23 mai 1997, p. 4.
- CA Rouen, 25 mars 1997, *Jurisdata* n° 1997-042342.
- TGI Paris, 7 mai 1997, *D.* 1998. 133, note T. HASSLER et V. LAPP.
- CA Lyon, 28 juil. 1997, *Jurisdata* n° 1997-045013, *D.* 1997. 197 ; *JCP G* 1998, II, 10025, com. M.-R. RENARD.
- CA Paris, 9 oct. 1997, *JCP G* 1998.IV.1565.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 96-10498, *Jurisdata* n° 1997-005192.
- CA Versailles, 23 janv. 1998, *Jurisdata* n° 1998-040350, *JCP E* 1999, n° 21 p. 900, note C. WILLMANN.
- Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998 ; *D.* 1998. 131.
- Cass. Soc., 14 janv. 1999, n° 97-12487.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 28 janv. 1999, n° n° 96-16992, *Jurisdata* n° 1999-000445.
- CA Lyon, 2 févr. 1999, *Jurisdata* n° 045264.
- Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, n° 97-16440.
- CA Paris, 15 juin 1999, *Jurisdata* n° 024159
- Cass. Crim., 30 juin 1999, n° 98-80501, *D.* 2000.655, note B. GIARD.

- Cass. Soc. 2 déc. 1999, n° 98-17350.
- CA Paris, 8 déc. 1999, *Jurisdata* n° 1999-104261.
- CA Bordeaux, 10 févr. 2000, *Jurisdata* n° 107057.
- CA Besançon, 12 juin 2000, *Jurisdata* n° 2000-143345.
- CA Montpellier, 13 juin 2000, *inédit*.
- CA Grenoble, 13 juin 2000, n° 99/01883.
- TGI Nanterre, 4 juillet 2000, n° 99/14939.
- Cass. Ass. Plén., 12 juil. 2000, n° 98-10160, *D.* 2000. 463, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 2000.I.280, note G. VINEY.
- Cass. Civ. 2^e, 13 juil. 2000, n° 98-13673, *Jurisdata* n° 2000-002959, *RTD civ.* 2000, p. 822, obs. J. HAUSER.
- Cass. Crim. 12 sept. 2000, n° 99-8228.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 sept. 2000, n° 99-10778, *D.* 2000. 297.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, n° 98-14.386, *Jurisdata* n° 2000-006367, *RTD civ.* 2001. 126, note J. HAUSER.
- CA Paris, 27 oct. 2000, *Jurisdata* n° 2000-128442.
- CA Douai, 23 nov. 2000, *Gaz. Pal.*, 2001. 1. 653, note OLIVIER.
- Cass. Civ. 3^e, 19 déc. 2000, n° 99-11605.
- CA Toulouse, 26 nov. 2001, *Jurisdata* n° 2001-184911.
- CA Paris, 20 déc. 2001, *Jurisdata* n° 2001-162552.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2002, n° 99-19954.
- TGI Paris, 21 févr. 2002, *Jurisdata* n° 2002-205891, *JCP G.* 2003.II.10064, note P. MALAURIE.
- Cass. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85559, *RSC* 2002, 879, obs. J.-F. RENUCCI, *RTD civ.* 2002.498, obs. MESTRE et FAGÈS.
- CA Reims, 27 juin 2002, *Jurisdata* n° 199657.
- CA Reims, 27 juin 2002, n° 01/01595.
- TGI Paris, 22 oct. 2002, *Gaz. Pal.* 2003.2.3069 note BASTINI.
- CA Bordeaux, 26 nov. 2002, *Jurisdata* n° 198916.
- Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, n° 01-00519, *Jurisdata* n° 2002-017038, *AJDI* 2003, p. 182, avis O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *RJPF* 2003, n° 4, p. 9, obs. E. GARAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 575, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. MARAIS ; *RDC*, 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. LARDEUX ; *D.* 2004, p. 844, N. DAMAS.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2003, n° 00-20961, *Jurisdata* n° 2003-017767.
- Cass. Civ. 2^e, 13 mars 2003, n° 01-14616.
- CA Chambéry, 18 mars 2003, *Jurisdata* n° 2003-215646.
- CA Montpellier, 5 mai 2003, n° 02/05335, *Jurisdata* n° 2003-222723.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, *JCP* 2003. II. 10115, note SAINTE-ROSE.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004 (5 arrêts), *D.* 2004.825, concl. F. CAVARROC, *D.* 2004. 815, chron. P. COURBE ; *Rev. crit. DIP* 2004. 423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004. 1200, note L. GANNAGÉ ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *Deffrénois* 2004. 812, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. NIBOYET ; *D.* 2005. Pan. 1266, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP ; *LPA* 5 août 2004, p. 13, note H. PÉROZ ; *RTD civ.* 2004. 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
- CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2004, n° 02-09121, *Jurisdata* n° 2004-237281.
- Cass. Civ. 2^e, 10 mars 2004, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 80, obs. A. LEPAGE.
- CA Toulouse, 12 janv. 2005, *Jurisdata* n° 2005-266400.
- CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2005, *Jurisdata* n° 2005-275078.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Gaz. Pal.* 22-23 juil. 2005, 13, obs. MASSIP.

- TGI Paris, 10 mars 2005, *D.* 2005. 1326, note ROLLAND ; *JCP G*, 2005. II. 10109, note MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 2005.2. Somm. 4322, note VRAY.
- CA Paris, 8 avr. 2005, *D.* 2005.1327 note ROLLAND ; *JCP G* 2005.II.10109 note MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 2005.1.1260 note MALAURIE.
- CA Nancy, 1^{er} juil. 2005, n° 05/00396, *Jurisdata*, n° 2005-291754.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 25 sept. 2005, *Jurisdata* n° 2005-029905.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 2005, n° 04-10-2005.
- Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-20.845, *Gaz. Pal.* 2006, n° 56, p. 16, note M.-L. NIBOYET ; *D.* 2006. Pan. 1053, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JCP* 2006. I. 157, n° 6, obs. A. MARMISSE D'ABADIE D'ARRAST.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 02-21259, *AJ fam.*, 2006. 75, obs. CHÉNEDÉ.
- Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-15.231, *Rev. crit. DIP* 2006. 627, note M.-C. NAJM ; *D.* 2007. Pan. 1759, obs. F. JAULT-SESEKE.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 7 févr. 2006, *Jurisdata* n° 2006-032047.
- Cass. Crim. 14 févr. 2006, n° 05-81932, *Dr. pénal* 2006. Comm. 67, obs. M. VÉRON.
- CA Lyon, 9 mars 2006, *Jurisdata* n° 2006-299087.
- Cass. Ass. Plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168 et n° 04-18902.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, *Jurisdata* n° 2006-033361.
- Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10165, 2^e esp., note T. AZZI.
- Cass. Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14774, *Jurisdata* n° 2006-033890.
- CA Amiens, 27 sept. 2006, n° 03/03948.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2006, n° 06-15264, *JCP G*, 2007, 10072, note Y. FARGES, *JCP G*, 2007, I, 170, obs. J. MASSIP, adde H. FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut », *D.*, 2007, p. 816.
- CA Rouen, 19 oct. 2006, n° 05/14185.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 05-15822, 05-16001, *JCP G*, 2007, II, 10041, note P. MALAURIE.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, *D.*2008.672 note VALETTE-ERCOLE.
- CA Toulouse, 9 janv. 2007, n° 05-04500.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2007, n° 05/20951, *Jurisdata* n° 2007-036957.
- Cass. Ass. Plén., 16 févr. 2007, n° 06-81785, *JCP G*, 2007, II, 10047, note E. DERIEUX.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, *Jurisdata* n° 2007-037462, *Dr. fam.* 2007. 103, note P. MURAT.
- TGI Paris, 22 mars 2007, *Jurisdata* n° 2007-327959, *JCP G* 2007. II. 10079, note E. DERIEUX ; *Dr. pénal* 2007. Comm. 66, obs. A. LEPAGE.
- CA Montpellier, 19 avr. 2007, *Jurisdata* n° 2007-334941.
- Cass., ass. plén., 23 nov. 2007, *D.* 2007.3078, obs. F. GRANET ; *JCP* 2007. II. 10204, note CHAUVIN ; *AJ fam.* 2008. 36, obs. CHÉNEDÉ ; *RJPF* 2008-2/33, obs. T. GARÉ.
- CA Montpellier, 27 nov. 2007, *Jurisdata* n° 2007-353594.
- CA Paris, 19 déc. 2007, n° 07/00609.
- CA Paris, 19 déc. 2007, *Jurisdata* n° 2007-351087.
- CA Rouen, 15 janv. 2008, n° 07-02674.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2008, *Jurisdata* n° 2008-042510.
- Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, *D.* 2009. Pan. 835, obs. L. WILLIATTE-PELLITIERI.
- CA Paris, 12 mars 2008, n° 07/02873, *Jurisdata* n° 2008-360740.
- TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *RJPF* 2008 p. 8, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr. fam.* 2008, comm. 98, V. LARRIBEAUTERNEYRE ; *JCP G* 2008, II, 10122, G. RAOUL-CORMEIL ; P. MALAURIE, « Libres propos », *JCP G* 2008, act. 440 ; *D.* 2008, p. 1389, P. LABBÉE ; *RTD civ.* 2008, p. 455, J. HAUSER ; *D.* 2008, p.

- 1788, J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 2008, *Jurisdata* n° 2008-044272.
- CA Rouen, 18 sept. 2008, n° 07/00195, *Jurisdata* n° 2008-003069.
- Cass. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, *Jurisdata* n° 2008-045187.
- CA Rouen, 14 oct. 2008, n° 08-03032.
- CA Amiens, 23 oct. 2008, *Jurisdata* n° 2008-003198.
- CA Douai, 17 nov. 2008, n° 08/03786 ; *Gaz. Pal.* 2008, p. 7, note E. PIERROUX ; *JCP G*, 2009, II, 10005, note P. MALAURIE ; *Dr. fam.* 2008, comm. 167, V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2008. 2938, note V. ÉGÉA.
- CA Paris, 29 janv. 2009, n° 08/00654, *Jurisdata* n° 2009-000635.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, n° 08-11337.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 25 févr. 2009, n° 08-11033, *JCP G*, 2009, II, 10072, comm. A. GOUTTENOIRE.
- CA Bastia, 3 juin 2009, *Jurisdata* n° 2009-007583.
- CA Colmar, 4 août 2009, n° 07/04485.
- Cass. Soc., 23 sept. 2009, n° 07-45269.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-18398.
- CA Bordeaux, 20 oct. 2009, n° 08-07072, *Jurisdata* n° 2009-013244.
- Civ. 1^{re}, 4 nov. 2009, n° 08-20574, *D.* 2009. Actu. 2749, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2010. 543, note G. LARDEUX, et *Rev. crit. DIP* 2010. 313, note K. ZAHER.
- CA Douai, 3 juin 2010, req. n° 09-04290.
- CA Orléans, 1^{er} juil. 2010, n° 10-00412.
- Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80584.
- CA Grenoble, 29 sept. 2010, n° 09-05173.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-10240, *Jurisdata* n° 2010-017654.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-68141.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n° 09/15165.
- CA Poitiers, 10 nov. 2010, n° 09-03731, *Jurisdata* n° 2010-027452.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2010, n° 09-10439.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n° 09-68504, *Dr. fam.*, 2011, n° 62, obs. M. FARGE.
- Cass. Crim., 18 janv. 2011, n° 10-83386.
- Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-13758.
- CA Paris, 15 mars 2011, n° 09-04456.
- CA Lyon, 21 mars 2011, n° 09/02173.
- Cass. Ass. Plén., 15 avr. 2011, n° 10-17049.
- CA Angers, 16 mai 2011, n° 10-02131.
- Cass. Civ. 2^e, 18 mai 2011.
- Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-19.750.
- CA Angers, 27 juin 2011, n° 10-00899.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, *Légipresse* 2012. 31, note G. LÉCUYER ; *Gaz. Pal.*, 2012, p. 12, obs. F. FOURMENT.
- CA Saint-Denis (Réunion), 6 déc. 2011, n° 10-02217.
- CA Besançon, 16 déc. 2011, n° 11-00724.
- CA Rouen, 5 janv. 2012, n° 11/01944.
- CA Versailles, 16 févr. 2012, n° 10-0489, *Jurisdata* n° 2012-002317.
- CA Rennes, 27 mars 2012, n° 10-07958, *Jurisdata* n° 2012-006230.
- CA Rouen, 15 juin 2012, n° 12-2723.
- CA Saint-Denis (Réunion), 28 sept. 2012, n° 11-01967.
- Cass. Crim. 2 oct. 2012, n° 12-84932.
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 2012, n° 10-17365 et 10-30845.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n° 11-26790.
- CA Versailles, 20 déc. 2012, *Jurisdata* n° 2012-030720.
- CA Lyon, 5 mars 2013, *Jurisdata* n° 2013-013912.
- Cass. Crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, *Jurisdata* n° 2013-003764.
- Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 11-28845, *AJDA* 2013.1069, note J.-D. DREYFUS ; *D.* 2013. 777 ; *ibid.* 761, édito. F. ROME ;

- Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, obs. J.-G. HUGLO (rapp.) ; obs. R. SCHWARTZ et V. BERGER ; *JCP S* 2013. 1146, obs. B. BOSSU.
- Cass. Soc., *C.P.A.M. de Seine Saint Denis*, 19 mars 2013, n° 12-11.690, *AJDA* 2013. 597 ; *ibid.* 1069, note J.-D. DREYFUS ; *D.* 2013. 777 ; *ibid.* 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *AJCT* 2013. 306 ; *Dr. soc.* 2013. 388, étude E. DOCKÈS.
- CA Paris, 26 sept. 2013, *Jurisdata* n° 2013-020973.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2013, *Jurisdata* n° 2013-022845.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2013, *Jurisdata* n° 2013-022846.
- Civ. 1^{ère}, 23 oct. 2013, n° 12-21344 et 12-25802.
- CA Lyon, 29 oct. 2013, n° 13-134.
- CA Paris, 14 nov. 2013, n° 13/07758, *Jurisdata* n° 2013-025954.
- CA Paris, 26 sept. 2013, *Jurisdata* n° 2013-020973.
- CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981, *Jurisdata* n° 2013-02658.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* p. 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *D.* 2017. 123, chron. V. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *AJ fam.*, 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
- CA Paris, 9 janv. 2014, *Jurisdata* n° 2014-013892.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2014, *Jurisdata* n° 2014-000707, *JCP G*, 2014, p. 384, note E. RASCHEL.
- CA Limoges, 5 mai 2014, n° 13/00169.
- Civ. 1^{ère}, 14 mai 2014, n° 13-17124.
- CA Bordeaux, 3 juin 2014, n° 14-00033, *Jurisdata* n° 2014-012909.
- Cass. Crim. 3 juin 2014, n° 13-80486.
- Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369, *AJDA* 2014. 1293 et 1842, note S. MOUTON et T. LAMARCHE ; *D.* 2014. 1386 ; *RTD Civ.* 2014.620, obs. J. HAUSER.
- Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, *JCP S* 2014, 1287 note B. BOSSU.
- CA Amiens, 15 juil. 2014, n° 14/00085.
- CA Grenoble, 16 juil. 2014, n° 13/04267.
- CA Versailles, 26 sept. 2014, n° 12-04638.
- CA Aix-en-Provence, 7 oct. 2014, n° 14-04199.
- CA Lyon, 14 octobre 2014, n° 13/04353, *Jurisdata* n° 2014-025855.
- CA Versailles, 16 oct. 2014, n° 13/06924, *Jurisdata* n° 2014-024896.
- CA Metz, 18 nov. 2014, n° 13-03590.
- CA Versailles, 11 déc. 2014, *Jurisdata* n° 2014-03222, *Dr. fam.* 2015, com. 96, obs. C. NEIRINCK.
- TGI Tarbes, 23 déc. 2014, n° 14/00278, *JCP G* 2014. Act. 25, obs. J. DUBARRY.
- CA Chambéry, 6 janv. 2015, n° 13-01334.
- CA Paris, 22 janv. 2015, n° 12/08807.
- Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13/27983, *AJ fam.* 2015.162, obs. THOURET ; *Dr. fam.* 2015, n° 71, obs. NEIRINCK.
- Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13-50059.
- CA Caen, 29 janv. 2015, n° 14-00243.
- CA Paris, 16 févr. 2015, n° 15/00073.
- CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2015, *Jurisdata* n° 2015-003434.
- CA Versailles, 6 mars 2015, n° 15-01448.
- CA Lyon, Chambre spéciale des mineurs, 24 mars 2015, n° 14/00295, *BACALY*, Bulletin n° 7, obs. C. DELMAS.
- CA Paris, 14 avr. 2015, n° 13-23468.
- CA Paris, 4 juin 2015, n° 12-03439.
- CA Paris, 15 juil. 2015, n° 15/13501.
- CA Paris, 28 août 2015, n° 15-00359.
- Cass. Crim., 1^{er} sept. 2015, n° 14-87441.

- Cass. Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n° 14-23724, *RTD Civ.* 2015 p.861, note J. HAUSER ; *Dr. Fam.*, 2015, n° 11, p. 69 focus M. LAMARCHE ; *RJPF*, 2015, n° 11, p.18, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ.
- CA Versailles, 19 nov. 2015, n° 14/03881, *Jurisdata* n° 026381, *Dr. Fam.* 2016, n° 3, comm. 51, note C. DELMAS.
- CA Rennes, 17 déc. 2015, n° 15-00403.
- CA Douai, 29 janv. 2016, n° 14-0421, *Jurisdata* n° 2016-001868.
- CA Paris, 11 févr. 2016, n° 15/14985, *Jurisdata* n° : 2016-002137, *Dr. fam.* 2016, n° 4, obs. C. DELMAS.
- CA Rennes, 15 févr. 2016, n° 15/00112.
- CA Orléans, 16 févr. 2016, n° 13/04032.
- CA Nîmes, 2 mars 2016, n° 15/00517.
- Cass. Crim., 2 mars 2016, n° 15-81311.
- CA Agen, 16 mars 2016, n° 14/00740.
- Cass. Crim., 16 mars 2016, n° 15-83464.
- CA Caen, 24 mars 2016, n° 15/02597, *Jurisdata* n° 2016-005573.
- CA Besançon, 25 mars 2016, n° 14-02091.
- CA Versailles, 7 avr. 2016, n° 15-02930.
- CA Rouen, 28 avr. 2016, n° 16-00635.
- CA Paris, 12 mai 2016, n° 14/18070.
- CA Aix-en-Provence, 19 mai 2016, n° 14-05513.
- CA Aix-en-Provence, 21 juin 2016, n° 15-07808.
- CA Colmar, 12 juil. 2016, n° 15-02457.
- CA Chambéry, 19 juil. 2016, n° 15-01288.
- CA Rouen, 5 sept. 2016, n° 16-00476.
- CA Paris, 6 oct. 2016, n° 14-25667.
- Cass. Crim., 7 oct. 2016, n° 16-84597.
- CA Paris, 13 oct. 2016, n° 15-09886.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 oct. 2016, n° 15-50.098, *Juris-Data* n° 2016-021239 ; *JDI* 2017, comm. 2, p. 146, note F. MONÉGER.
- CA Paris, 27 oct. 2016, n° 15/12903.
- CA Paris, 3 nov. 2016, n° 15/12913.
- CA Paris, 15 nov. 2016, n° 14/17643.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016. 2568, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2017. 71, obs. J. HOUSIER.
- CA Lyon, 23 déc. 2016, n° 16/04898, *Jurisdata* n° 2016-027756 ; *Dr. Fam.*, 2017, comm. H. FULCHIRON.
- CA Nîmes, 25 janv. 2017, *Jurisdata* n° 2017-003650.
- CA Paris, 15 févr. 2017, n° 15/01363.
- CA Rouen, 6 avr. 2017, n° 15-01747, *Dr. Fam.*, 2017, comm. 161, Y. BERNAND.
- CA Versailles, 20 avr. 2017, n° 16-05383.
- CA Amiens, 11 mai 2017, n° 16-04567.
- CA Colmar, 16 mai 2017, n° 15-06196.
- CA Aix-en-Provence, 31 mai 2017, n° 16/04781, *Jurisdata*, n° 2017-016662.
- Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n°16-17.198, *D.* 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJ Fam.* 2017, p. 595, *ibid.* p.510, obs. A. BOICHE ; *Ibid.* p.598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURE et G. KESSLER ; *JCP G* 2017, p.1236, note C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; *JCP N* 2017, p.1305, note E. FONGARO ; *Deffrénois* 2017, n°22, p.26, note M. GORE ; *RTD civ.* 2017, p.833, note L. USUNIER.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n°16-13.151, *D.* 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *RTD civ.* 2018. 189, note GRIMALDI.
- Cass. Soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855 ; *D.* 2018. 218, note J. MOULY.
- CA Douai, 7 déc. 2017, n° 17/00171.
- Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-86604.
- CA Aix-en-Provence, 20 juin 2018, n° 18/00076
- Cass. Crim., 20 juin 2018, n° 17-84128, *Dr. pén.* 2018, n° 11, comm. P. CONTE.
- Civ. 1^{ère}, 4 juil. 2018, n° 17-16102.
- CA Basse-Terre, 6 août 2018, n° 15/014321.
- CA Versailles, 27 sept. 2018, n° 17/023758.

CA Versailles, 29 nov. 2018, n° 17/012498.
Cass. Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81618, *Dr. pén.*
2019, n° 4, comm. P. CONTE.
CA Versailles, 18 avr. 2019, n° 18/021898, *JCP*
S, 2019, n° 17-18, act. 187.

CA Amiens, 15 mai 2019, n° 17/03057.
Cass. Crim., 4 juin 2019, n° 18-82742.

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, 17520,
publié au recueil Lebon.
CE, 28 avr. 1938, *Demoiselle Weiss*, *DP* 1939, 3, p.
41.
CE 8 déc. 1948, *D^{le} Pasteau*, *S.* 1949. 3. 41, note
J. RIVERO.
CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, *Lebon* p. 247.
CE Ass., *Association chrétienne « Les Témoins de*
Jéhovah », 1^{er} févr. 1985, n° 46488.
CE, *Association culturelle « Troisième Église du Christ*
scientiste de Paris », 6 juin 1986, n° 56497.
CE, 27 nov. 1989, avis n° 346893, *Port du foulard*
islamique, *AJDA* 1990. 39, note J.-P. C. ;
RFDA 1990. 1, note J. RIVERO.
CE, *Association culturelle de l'Église apostolique armé-*
nienne de Paris, 29 oct. 1990, n° 86973.
CE, 2 nov. 1992, *M. Kherouara et Mme Kachour*, *N.*
Balo et Mme Kizic, *LPA*, 24 mai 1993, n°
62.
CE, 23 mars 1994, *Karsbenas Najaf Abadi*, n°
116144.
CE, *Consistoire central des israélites de France et autres*
c. Koen, 14 avr. 1995, n° 125148.
CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-*
Orge, n° 136727.
CE, *Mlle Henny*, 12 févr. 1997, n° 125893.
CE, Ass., *Société Baxter et autres*, 28 mars 1997,
n° 179049, 179050, 179054 ; *RFDA*,
1997, 460, obs.
F. MELINSOUCRAMANIEN ;
RFDA.1997.458 concl. BONICHOT.

CE ass., avis 24 oct. 1997, *Association locale des Tdj*
de Riom, n° 187122.
CE 19 nov. 1997, *Ben Halima*, n° 169368.
CAA Paris, 9 juin 1998, *Mme Donyoh et Mme Se-*
nanayake.
CE, 28 sept. 1998, *Association séfarade de Mulhouse*,
n° 162289.
CE, 14 oct. 1998, *Amiour*, n° 175186, *D.* 1998.
IR. 258, *RJPF* 1999, p. 22, obs. E.
PUTMAN.
CE 3 févr. 1999, *Mme El Yahyaoui*, n° 161251.
CE, 23 févr. 2000, *Exposito*, n° 198931.
CE, avis, 3 mai 2000, *Dlle Martean*, n° 217017,
Lebon p. 169, concl. R. SCHWARTZ ;
AJDA 2000. 673 ; *AJDA* 2000. 673,
chron. M. GUYOMAR et P. COLIN ; *D.*
2000. 747, note G. KOUBI ; *AJFP* 2000.
39 ; *RFDA* 2001. 146, concl.
R. SCHWARTZ.
CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du*
second degré, n° 219379.
CE ass., 26 oct. 2001, *Mme Senanayake*, *RFDA*
2002, p. 146, concl. D. CHAUVAUX et
p. 156 note DE BÉCHILLON.
CAA Nantes, 28 déc. 2001, *Département du Cher*,
AJFP 2002, n° 4, p. 45, obs. O.
GUILLAUMONT.
CE, 29 juill. 2002, *Bonaffad*, n° 224538, *AJDA*
2002. 1064.
CE, 16 août 2002, *Mme Feuillatey*, n° 249552.
TA Paris, 17 oct. 2002, *Mme Ebrahimian*, *AJDA*
2003. 99, obs. M.-C. DE MONTECLER.

CE, réf., 16 févr. 2004, n° 264314, *Abmed B.*
CE, *Association culturelle du Vajra triomphant*, 28 avr. 2004, n° 248467.
TA Cergy, ord., 27 mai 2004, *M. Lamsanes*, req. n° 04-3791.
CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française*, n° 265560.
CE, *Union des familles en Europe*, 20 avr. 2005, *AJDA*. 2005.2232 note BURGORGUE-LARSEN.
CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat*, n° 284307.
CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, n° 285394.
CE, 5 déc. 2007, n° 85394, *Sara A, Lebon* p. 463.
CE, ord. réf., 6 mai 2008, n° 315631.
CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, n° 286798, *AJDA*. 2008. 2013, note P. CHRESTIA et 1997, étude H. ZEGHBIB ; *D.* 2009. 345, note C. VALLAR ; *RFDA* 2009. 145, chron. C. SANTULLI, *JCP G*, 2008.II.10151, comm. P. MALAURIE.
CAA Lyon, 10 août 2008, n° 05LY01218.
CE, 10 avr. 2009, *El Haddioui*, n° 311888.
CAA Bordeaux, 8 sept. 2009, n° 08BX01040.
CAA Lyon, 29 nov. 2012, n° 12LY00174.
CE, réf., 19 mars 2013, n° 366749.
TA Nîmes, 16 janv. 2014, n° 1303653, *Préfet du Vaucluse c/ Cne de Bollène.*

TA Limoges, 10 juill. 2014, n° 1301846, *Préfet de l'Indre c/ Cne de Fontgombault.*
CAA Versailles, 10 déc. 2015, n° 14VE00629, *Cne de Montfermeil, LPA*, 2016, n° 223, note V. COURONNE.
CE, 11 déc. 2015, n° 394991.
CE, 10 févr. 2016, n° 385929, *AJDA*. 2016. 1127, note X. BIOY.
CE, 11 juill. 2016, n° 375977 et n° 376457, *Min. Intérieur et min. Défense c /C., Jurisdata* n° 2016-013678, *Dr. adm.*, 2016, p. 20, comm. J. BOULLAY.
CE Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 .
CE Ass., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.
CAA Paris, 6 déc. 2016, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, req. n° 15PA03527.
CE, 5 mai 2017, n° 396669, *Jurisdata* n° 2017-008265.
TA Dijon, 28 août 2017, n° 1502100, *Dr. adm.*, 2017, n° 10, al. 140.
CAA Versailles, 19 déc. 2017, n° 15VE03582, *JCP A* 2018.2115, comm. C. VALLAR.
CE, 11 avr. 2018, n° 412462.
CE, 27 juin 2018, n° 419595, *Jurisdata* n° 2018-011178.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, déc. n° 71-44 DC, 16 juil. 1971, *Liberté d'association.*
CC, déc. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *Interruption de grossesse.*
CC, déc. n° 77-87 DC, 23 nov. 1977.

CC, déc. n° 82-138 D.C., 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse.*
CC, déc. n° 141 DC du 17 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle.*
CC, déc. n° 181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer*

la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

CC, déc. n° 89-271 DC du 11 janv. 1990 *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.*

CC, déc. n° 91-290 D.C., 9 mai 1991, *Statut de la Corse.*

CC, déc. n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

CC, déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.*

CC, déc. n° 96-375 DC, 9 avr. 1996.

CC, Décision n° 2003-474 DC, 17 juil. 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer.*

CC, déc. n° 2004-490 DC du 12 févr. 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.*

CC, déc. n° 2004-505 D.C., 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe.*

CC, déc. n° 2010-613 DC, 7 oct. 2010, *Interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.*

CC, déc. n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012.

CC, déc. n° 2012-233 QPC, 21 févr. 2012, *Mme Marine LE PEN.*

CC, déc. n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.*

CC, déc. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *D.*, 2013, 1643, chron. F. DIEU ; *AJ fam.*, 2013, 332, étude F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.*, 2013, 579, chron. J. HAUSER ; *RFD Const.*, 2014, n°97, p. 127, note T. LAJOINIE.

CC, déc. n° 2013-353 QPC du 18 oct. 2013, *M. Franck M. et autres.*

CC, déc. n° 2014-407 QPC du 18 juil. 2014, *MM. Jean-Louis M. et Jacques B.*

CEDH

Les décisions sont classées par ordre alphabétique.

A

Com. EDH [plén.], *A. c. Suisse*, 9 mai 1984, req. n° 10640/83.

Cour EDH, *A.B. et autres c. France*, 12 juil. 2016, req. n° 11593/12.

Cour EDH, *A.R. et L.R. c. Suisse*, 19 déc. 2017, req. n° 22338/15.

Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81.

Cour EDH, *Adyan et autres c. Arménie*, 12 oct. 2017, req. n° 75604/11.

Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en*

Belgique » c. Belgique, 23 juil. 1968, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

Cour EDH, *Agga c. Grèce (n° 2)*, 17 oct. 2002, req. n° 50776/99, 52912/99.

Cour EDH, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 févr. 2010, req. n° 41135/98, *JCP G* 2010, n° 18, p. 514, note G. GONZALEZ.

Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73.

Cour EDH [G.C.], *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, req. n° 4149/04 et 41029/04.

Cour EDH, déc. *Aktas c. France*, 30 juin 2009, req. n° 43563/08.

Cour EDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n° 38832/06.

Cour EDH [déc.], *Alujet Fernandez c. Espagne*, 14 juin 2001, req. n° 53072/99.

Cour EDH, *Amanalachioai c. Roumanie*, 26 mai 2009, req. n° 4023/04.

Com. EDH, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, 12 oct. 1978, req. n° 7050/75.

Cour EDH [déc.], *Ásatrúarfélagio c. Islande*, 18 déc. 2012, req. n° 22897/08.

Cour EDH, *Association Culturelle du Temple Pyramide c. France*, 31 janv. 2013, req. n° 50471/07.

Cour EDH, *Association des Chevaliers du Lotus d'Or c. France*, 31 janv. 2013, req. n° 50615/07.

Cour EDH, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, 24 mai 2016, req. n° 36915/10, 8606/13.

Cour EDH, *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*, 30 juin 2011, req. n° 8916/05.

Cour EDH [plén.], *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, req. n° 12726/87.

Cour EDH, *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006, req. n° 50692/99.

B

Cour EDH, *B. c. Belgique*, 10 juil. 2012, req. n° 4320/11.

Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, req. n° 13343/87.

Cour EDH, *B. L. c. Royaume-Uni*, 13 sept. 2005, req. n° 36536/02.

Cour EDH, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2012, req. n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09, 67354/09.

Cour EDH, *Balik c. Pologne*, 21 sept. 2016, req. n° 10531/12.

Cour EDH [G.C.], *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 sept. 2017, req. n° 61496/08.

Cour EDH, *Baskaya et Okçuoglu c. Turquie*, 8 juil. 1999, req. n° 23536/94.

Cour EDH [G.C.], *Bayatyan c. Arménie*, 7 juil. 2011, req. n° 23459/03.

Cour EDH, déc. *Bayrak c. France*, 30 juin 2009, req. n° 14308/08.

Cour EDH [G.C.], *Bédât c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n° 56925/08.

Cour EDH, *Begheluri et autres c. Géorgie*, 7 oct. 2014, req. n° 28490/02.

Cour EDH, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juil. 2017, req. n° 37798/13.

Cour EDH, *Bergmann c. République Tchèque*, 27 oct. 2011, req. n° 8857/08.

Cour EDH [déc.], *Boumaraf c. France*, 30 août 2011, req. n° 32820/08.

Com. EDH [plén.], *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, 19 mai 1976, req. n° 6959/75.

Cour EDH, *Brusco c. France*, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07.

Cour EDH, *Bukharatyan c. Arménie*, 10 janv. 2012, req. n° 37819/03.

Cour EDH, *Buldu et autres c. Turquie*, 3 juin 2014, req. n° 14017/08.

Cour EDH [déc.], *Bulgaru c. Roumanie*, 15 mai 2012, req. n° 22707/05.

Cour EDH [G.C.], *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 18 févr. 1999, req. n° 24645/94.

C

Cour EDH, *Çam c. Turquie*, 23 févr. 2016, req. n° 51500/08.

Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1982, req. n° 7511/76 7743/76.

Cour EDH [G.C.], *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juil. 2014, req. n° 47848/08.

Cour EDH [G.C.], *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95.

Cour EDH [G.C.], *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janv. 2001, req. n° 27238/95.

Cour EDH [G.C.], *Chassagnou et autres c. France*, 29 avr. 1999, req. n° 5088/94, 28331/95, 28443/95.

Cour EDH [G.C.], *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, req. n° 28957/95.

Com. EDH [plén.], *Church of Scientology c. Suède*, 5 mai 1979, req. n° 7805/77.

Com. EDH [plén.], *Church of Scientology et 128 de ses fidèles c. Suède*, 4 juil. 1980, req. n° 8282/78.

Cour EDH [G.C.], *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, req. n° 25781/94.

Cour EDH, *Ciorap c. Moldova*, 19 juin 2007, req. n° 12066/02.

Cour EDH [G.C.], *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 nov. 2015, req. n° 40454/07.

D

Cour EDH [G.C.], *D. H. et autres c. République tchèque*, 13 nov. 2007, req. n° 57325/00.

Cour EDH [déc.], *Dablab c. Suisse*, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98.

Cour EDH, *Dakir c. Belgique*, 11 juil. 2017, req. n° 4619/12.

Com. EDH [déc.], *Daratsakis c. Grèce*, 7 oct. 1987, req. n° 12902/87.

Cour EDH [déc.], *Deschomets c. France*, 16 mai 2006, req. n° 31956/02.

Cour EDH, *Dimitras et autres c. Grèce*, 3 juin 2010, req. n° 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/08.

Cour EDH, *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 27058/05.

Com. EDH [plén.], *Dubowska c. Pologne*, 18 avr. 1997, req. n° 33490/96, 34055/96.

Cour EDH [plén.], *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, req. n° 7525/76.

E

Cour EDH [G.C.], *E.B. c. France*, 22 janv. 2008, req. n° 43546/02.

Cour EDH, *E.S. c. Autriche*, 25 oct. 2018, req. n° 38450/12.

Cour EDH, *Ebrahimian c. France*, 26 nov. 2015, req. n° 64846/11.

Cour EDH, *Efstratiou c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 24095/94.

Cour EDH, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, 13 déc. 2001, req. n° 45701/99.

Cour EDH [déc.], *El Morsli c. France*, 4 mars 2008, req. n° 15585/06.

Cour EDH, *Enver Aydemir c. Turquie*, 7 juin 2016, req. n° 26012/11.

Cour EDH, *Erçep c. Turquie*, 22 nov. 2011, req. n° 43965/04.

Cour EDH [G.C.], *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2007, req. n° 6339/05.

Cour EDH, *Enaida c. Royaume-Uni*, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10.

Cour EDH, *Ezgin c. France*, 26 avr. 1991, req. n° 11800/85.

F

Cour EDH [G.C.], *Fernandez Martinez c. Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07.

Cour EDH, *Feti Demirtaş c. Turquie*, 17 janv. 2012, req. n° 5260/07.

Cour EDH, *Fourchon c. France*, 28 juin 2005, req. n° 60145/00.

Cour EDH, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avr. 2012, req. n° 28790/08.

Cour EDH, *Fretté c. France*, 26 févr. 2002, req. n° 36515/97.

G

Com. EDH [plén.], *G. Z. c. Autriche*, 2 avr. 1973, req. n° 5591/72.

Cour EDH, *Gamaleddyn c. France*, 30 juin 2009, req. n° 18527/08.

Com. EDH [plén.], *Gandratb c. Allemagne*, 12 déc. 1966, req. n° 2299/64.

Cour EDH [G.C.], *García Ruiz c. Espagne*, 21 janv. 1999, req. n° 30544/96.

Cour EDH, déc. *Ghazal c. France*, 30 juin 2009, req. n° 29134/08.

Cour EDH [G.C.], *Gillberg c. Suède*, 3 avr. 2012, req. n° 41723/06.

Cour EDH [G.C.], *Gorzeliak et autres c. Pologne*, 17 févr. 2004, req. n° 44158/98.

Cour EDH, *Gough c. Royaume-Uni*, 28 oct. 2014, req. n° 49327/11.

Cour EDH [G.C.], *Guerra et autres c. Italie*, 19 févr. 1998, req. n° 14967/89.

Cour EDH, *Güler et Ugur c. Turquie*, 2 déc. 2014, req. n° 31706/10, 33088/10.

Cour EDH, *Gunduz c. Turquie*, 4 déc. 2003, req. n° 35071/97.

H

Cour EDH [déc.], *Hadzinedelchev c. Bulgarie*, 29 août 2017, req. n° 41334/09.

Cour EDH, *Hajduova c. Slovaquie*, 30 nov. 2010, req. n° 2660/03.

Cour EDH, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, 7 déc. 2017, req. n° 57792/15.

Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72.

Cour EDH, *Harabin c. Slovaquie*, 20 nov. 2012, req. n° 58688/11.

Cour EDH, *Harrondj c. France*, 4 oct. 2012, req. n° 43631/09.

Cour EDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 oct. 2007, req. n° 1448/04.

Cour EDH [G.C.], *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 oct. 2000, req. n° 30985/96.

Cour EDH [plén.], *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, req. n° 10486/83.

Cour EDH, *Havelka et autres c. République Tchèque*, 21 juin 2007, req. n° 23499/06.

Cour EDH, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juin 2009, req. n° 25803/04, 25817/04.

Cour EDH, *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n° 12875/87.

Cour EDH, *Hokkanen c. Finlande*, 23 sept. 1994, req. n° 19823/92.

I

Cour EDH, *I.B. c. Grèce*, 3 oct. 2013, req. n° 552/10.

Cour EDH [G.C.], *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juil. 2004, req. n° 48787/99.

Cour EDH [déc.], *Indelicato c. Italie*, 6 juil. 2000, req. n° 31143/96.

Cour EDH, *Ismailova c. Russie*, 29 nov. 2007, req. n° 37614/02.

Cour EDH, *Ivanova c. Bulgarie*, 12 avr. 2007, req. n° 52435/99.

Cour EDH [G.C.], *Izzettin Dogan et autres c. Turquie*, 26 avr. 2016, req. n° 62649/10.

J

Cour EDH, *Jacobski c. Pologne*, 7 déc. 2010, req. n° 18429/06, § 45, RSC 2011. 221, note J.-P. MARGUÉNAUD.

Cour EDH, déc. *Jasvir Singh c. France*, 30 juin 2009, req. n° 25463/08.

K

Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758/98, 45558/99.

Cour EDH, *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juil. 1997, req. n° 20704/92.

Com. EDH, déc. *Kara c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1998, req. n° 36528/97.

Cour EDH, *Karaahmed c. Bulgarie*, 24 févr. 2015, req. n° 30587/13.

Cour EDH [G.C.], *Karatas c. Turquie*, 8 juil. 1999, req. n° 23168/94.

Com. EDH, déc. *Karlsson c. Suède*, req. n° 12356/86.

Cour EDH [G.C.], *Karoly Nagy c. Hongrie*, 14 sept. 2017, req. n° 56665/09, JCP G, 2017, n° 40, p. 1767, note L. MILANO.

Cour EDH, *Kervanci c. France*, 4 déc. 2008, req. n° 31645/04.

Cour EDH, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, req. n° 2700/10.

Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 déc. 1976, req. n° 5095/71, 5920/72, 5926/72.

Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n° 14307/88.

Cour EDH [G.C.], *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, req. n° 30078/06.

Cour EDH, *Kosteski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, 13 avr. 2006, req. n° 55170/00.

Cour EDH, *Krupko et autres c. Russie*, 26 juin 2014, req. n° 26587/07.

Com. EDH [déc.], *Kubalska et Kubalska-Holuj c. Pologne*, 22 oct. 1997, req. n° 35579/97.

Cour EDH, *Kudranski c. Pologne*, 21 sept. 2016, req. n° 59038/11.

Cour EDH [déc.], *Kurtumulus c. Turquie*, 24 janv. 2006, req. n° 65500/01.

Cour EDH, *Kutlular c. Turquie*, 29 avr. 2008, req. n° 73715/01.

Cour EDH, *Kuznetsov et autres c. Russie*, 11 janv. 2007, req. n° 184/02.

L

Cour EDH, *Larissis et autres c. Grèce*, 24 févr. 1998, req. n° 23372/94.

Cour EDH, *Lasky, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 févr. 1997, req. n° 21627/93, 21826/93, 21974/93.

Cour EDH [G.C.], *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n° 30814/06, JCP G, 2011. 988, note G. GONZALEZ.

Cour EDH, *Leela Förderkreis E.V. et autres c. Allemagne*, 6 nov. 2008, req. n° 58911/00.

Cour EDH [plén.], *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, req. n° 6878/75, 7238/75.

Cour EDH, *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 déc. 1994, req. n° 13092/87, 13984/88.

Cour EDH [G.C.], *Leyla Sabin c. Turquie*, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98.

Cour EDH, *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 oct. 2009, req. n° 39128/05.

Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994, req. n° 16798/90.

M

Cour EDH [G.C.], *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janv. 2011, req. n° 30696/09.

Cour EDH [G.C.], *Maestri c. Italie*, 17 févr. 2004, req. n° 39748/98.

Cour EDH [déc.], *Mann Singh c. France*, 13 nov. 2008, req. n° 24479/07.

Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 sept. 1996, req. n° 18748/91.

Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74.

Cour EDH, *Masaev c. Moldavie*, 12 mai 2009, req. n° 6303/05.

Cour EDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 6 déc. 2007, req. n° 39388/05.

Cour EDH [déc.], *M'Bala M'Bala c. France*, 20 oct. 2015, req. n° 25239/13.

Com. EDH, déc. *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, 15 mai 1980, req. n° 8317/78.

Cour EDH, *Mehmet Cevher Ilhan c. Turquie*, 13 janv. 2009, req. n° 15719/03.

Cour EDH, *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n° 71156/01.

Cour EDH [G.C.], *Micallef c. Malte*, 15 oct. 2009, req. n° 17056/06.

Cour EDH, *Mirolubovs et autres c. Lettonie*, 15 sept. 2009, req. n° 798/05.

Cour EDH, *Mizzi c. Malte*, 12 janv. 2006, req. n° 26111/02.

Cour EDH, *Mockutė c. Lituanie*, 27 févr. 2018, req. n° 66490/09.

Cour EDH, *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, 12 juil. 2005, req. n° 41138/98, 64320/01.

Cour EDH [G.C.], *Molla Sali c. Grèce*, 19 déc. 2018, req. n° 20452/14.

Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, req. n° 44179/98.

N

Com. EDH [plén.], *N. c. Suède*, 11 oct. 1984, req. n° 10410/83.

Cour EDH, *N. F. c. Italie*, 2 août 2001, req. n° 37119/97.

Cour EDH, *N. N. et T. A. c. Belgique*, 13 mai 2008, req. n° 65097/01.

Com. EDH [plén.], *Natoli c. Italie*, 18 mai 1998, req. n° 26161/95.

Cour EDH [G.C.], *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juil. 2010, req. n° 41615/07.

Cour EDH, *Nevmerzitsky c. Ukraine*, 5 avr. 2005, req. n° 54825/00.

Cour EDH, *Novruk et autres c. Russie*, 15 mars 2016, req. n° 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14.

Cour EDH, *Nuutinen c. Finlande*, 27 juin 2000, req. n° 32842/96.

O

Com. EDH [plén.], *Objecteurs de conscience c. Danemark*, 7 mars 1977, req. n° 7565/76.

Cour EDH, *Obst c. Allemagne*, 23 sept. 2010, req. n° 425/03.

Cour EDH, *Öllinger c. Autriche*, 29 juin 2006, req. n° 76900/01.

Cour EDH [G.C.], *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n° 15766/03.

Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janv. 2017, req. n° 29086/12, *JCP A*, n° 2, 16 janv. 2017, act. 53 ; *D.* 2017. 111 ; *JCP G*, n° 5, 30 janv. 2017, p. 117, zoom G. GONZALEZ, *RJPF* 2017, n° 4, p. 19,

comm. J. COUARD, *Dr. fam.*, 2017, p. 33, comm. C. DELMAS.

Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87.

Cour EDH [déc.], *Oya Ataman c. Turquie*, 8 mars 2005, req. n° 74552/01.

P

Cour EDH, *Pakiela c. Pologne*, 22 févr. 2017, req. n° 74683/13.

Cour EDH, *Palau-Martinez c. France*, 16 déc. 2003, req. n° 64927/01.

Cour EDH [G.C.], *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, 12 sept. 2011, req. n° 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06.

Cour EDH, *Papavasiliakis c. Grèce*, 15 sept. 2016, req. n° 66899/14, *JCP G*, 2016, p. 1875, note G. GONZALEZ.

Cour EDH [G.C.], *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janv. 1998, req. n° 19392/92.

Cour EDH [déc.], *Pentidis et autres c. Grèce*, 9 juin 1997, req. n° 23238/94.

Cour EDH [G.C.], *Perinçek c. Suisse*, 15 oct. 2015, req. n° 27510/08.

Cour EDH, *Petrina c. Roumanie*, 14 oct. 2008, req. n° 78060/01.

Cour EDH [déc.], *Phull c. France*, 11 janv. 2005, req. n° 35753/03.

Cour EDH [déc.], *Pichon et Sajous c. France*, 2 oct. 2001, req. n° 49853/99.

Cour EDH, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79.

Cour EDH, *Popa c. Roumanie*, 18 juin 2013, req. n° 4233/09.

Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02.

R

Cour EDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004, req. n° 53984/00.

Cour EDH, *Rabimi c. Grèce*, 5 avr. 2011, req. n° 8687/08.

Cour EDH, déc. *Ranjit Singh c. France*, 30 juin 2009, req. n° 27561/08.

Cour EDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, req. n° 8777/79.

Cour EDH [G.C.], *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 févr. 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

Cour EDH, *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, 31 juil. 2008, req. n° 40825/98.

Cour EDH, *Remli c. France*, 23 avr. 1996, req. n° 16839/90.

Com. EDH, *Rommelfanger c. République Fédérale d'Allemagne*, 6 sept. 1989, req. n° 12242/86.

S

Com. EDH, *S. c. Royaume-Uni*, 7 mars 1990, req. n° 13669/88.

Cour EDH [G.C.], *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 déc. 2008, req. n° 30562/04, 30566/04.

Cour EDH, *Saint Synode de l'Église orthodoxe bulgare (métropolitaine Innocent) et autres c. Bulgarie*, 16 sept. 2010, req. n° 412/03, 35677/04.

Cour EDH [déc.], *Salaman c. Royaume-Uni*, 15 juin 2000, req. n° 43505/98.

Com. EDH [déc.], *Salonen c. Finlande*, 2 juil. 1997, req. n° 27868/95.

Cour EDH [G.C.], *SAS c. France*, 01 juil. 2014, req. n° 43835/11.

Cour EDH [G.C.], *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, req. n° 931/13.

Cour EDH, *Savež Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, 9 déc. 2010, req. n° 7798/08.

Cour EDH, *Schmidt c. France*, 26 juil. 2007, req. n° 35109/02.

Cour EDH, *Schiith c. Allemagne*, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03.

Cour EDH, *Serif c. Grèce*, 14 déc. 1999, req. n° 38178/97.

Cour EDH, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juil. 1990, req. n° 26695/95.

Cour EDH, *Siebenbaar c. Allemagne*, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, D. 2011.1637, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

Cour EDH, *Sinan Işık c. Turquie*, 2 févr. 2010, req. n° 21924/05.

Cour EDH [G.C.], *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, 9 juil. 2013, req. n° 2330/09.

Cour EDH, [déc.], *Skiba c. Pologne*, 7 juil. 2009, req. n° 10659/03.

Cour EDH [déc.], *Skugar et autres c. Russie*, 3 déc. 2009, req. n° 40010/04.

Com. EDH, déc. *Spetz et autres c. Suède*, 12 oct. 1994, req. n° 20402/92.

Cour EDH, [plén.], *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avr. 1979, req. n° 6538/74.

Cour EDH [G.C.], *Surek c. Turquie (n° 1)*, 8 juil. 1999, req. n° 26682/95.

Com. EDH [plén.], *Rapport Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 mars 1974, req. n° 4464/70.

T

Cour EDH, *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, 10 juin 2010, req. n° 302/02.

Cour EDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97.

Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008, req. n° 26698/05.

Cour EDH, *Tsaturyan c. Arménie*, 10 janv. 2012, req. n° 37821/03.

U

Cour EDH, *Uj c. Hongrie*, 19 juil. 2011, req. n° 23954/10.

Cour EDH, *Ulke c. Turquie*, 24 janv. 2006, req. n° 39437/98.

Com. EDH [plén.], *Union des athées c. France*, 6 juil. 1994, req. n° 14635/89.

V

Cour EDH, *Valsamis c. Grèce*, 18 déc. 1996, req. n° 21787/93.

Cour EDH [plén.], *Van der Musselle c. Belgique*, 23 nov. 1983, req. n° 8919/80.

Cour EDH, *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n° 35968/97.

Cour EDH, *Vartic c. Roumanie (n° 2)*, 27 déc. 2013, req. n° 14150/08.

Cour EDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 févr. 2013, req. n° 29617, *Dalloz Actualité*, 4 mars 2013, note SOUDAIN ; *AJ Famille*, 2013, p. 179, note GALLMEISTER ; *RJPF* 2013-4/34, note M. DOUCET.

W

Cour EDH, *Walloná et Walla c. République Tchèque*, 26 oct. 2006, req. n° 23848/04.

Com. EDH, déc. *Williamson c. Royaume-Uni*, 17 mai 1995, req. n° 27008/95.

Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, req. n° 17419/90.

X

Com. EDH [plén.], *X. c. Danemark*, 8 mars 1976, req. n° 7374/76.

Com. EDH [plén.], *X. c. Islande*, 18 mai 1976, req. n° 6825/74.

Com. EDH [plén.], *X c. RFA* 1^{er} avr. 1970, req. n° 4445/70.

Com. EDH [plén.], *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 5 juil. 1977, req. n° 7705/76.

Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 5 mars 1976, req. n° 5947/72.

Com. EDH, *X c. Royaume-Uni*, 4 oct. 1977, req. n° 7291/75.

Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 12 juil. 1978, req. n° 7992/77.

Com. EDH [plén.], *X. c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981, req. n° 8160/78.

Com. EDH [plén.], *X. c. Suisse*, 27 févr. 1979, req. n° 7865/77.

Com. EDH [plén.], *X. et Église de Scientologie c. Suède*, 5 mai 1979, req. n° 7805/77.

Cour EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80.

Com. EDH [plén.], *X. Ltd et Y. c. Royaume-Uni*, 7 mai 1982, req. n° 8710/79.

Y

Cour EDH [plén.], *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, req. n° 7601/76, 7806/77.

CANADA

Les décisions sont classées par ordre chronologique.

- CSC, *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834.
- CA Manitoba, *Funk c. Manitoba Labor Board*, [1976] 66 D.L.R.
- CSC, *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.
- CSC, *Jack and Charlie c. La Reine*, [1985] 2 RCS. 332.
- CSC, *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295.
- CSC, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons Sears*, 1985, 2. RCS. 536.
- CSC, *R. c. Edwards Book and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.
- CSC, *R. v. Jones*, [1986] 2 RCS 284.
- CSC, *R. v. Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103.
- CSC, *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103.
- CSC, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835.
- TDPQ, *Smart c. Eaton Ltée*, (T.D.P.Q.), [1994] 19 C.H.R.R. 0/446, J.E. 93-446.
- CSC, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 SCR 315.
- CSC, *Adler c. Ontario*, [1996] 3 RCS 609.
- CSQ, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] RJQ 1892.
- CSC, *M.-C.C. c. Mo.M.*, J.E. 2001-489, [2001], R.D.F. 177 (rés.) (C.S.).
- CSC, *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442.
- CA Québec, *Amselem et. al. c. Syndicat Northcrest et. al.*, [2002] RJQ 906.
- Cour Suprême de l'Île du Prince Édouard, *Director of Child Welfare (P.E.I.) v. S.P.L. and H.L.* (2002) Nfld & P.E.I.R. 197.
- CSC, *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 RCS 650.
- CSC, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47.
- CSC, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 RCS 256.
- CSC, *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 SCR 607.
- CSC, *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, (2009) 2 R.C.S. 567.
- CA Québec, *Québec (Procureur général) c. Loyola High School*, [2012] RJQ 2112.
- CSC, *R. c. N. S.*, [2012] 3 RCS 726.
- CSC, *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 RCS 235.
- CSC, *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 613.
- CSQ, *Narayana c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2015] QCCS 4636 (CanLII).
- CSC, *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] CSC 32 (CanLII).

ÉTATS-UNIS

Les décisions sont classées par ordre alphabétique.

US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Abate v. Walton*, 1996 WL 5320, *5 (CA9, Jan. 5, 1996).

USSC, *Bendix Autolite Corps v. Midvesco Enterprises*, 488 U.S. 888, 897 (1988).

USSC, *Bowen v. Roy*, 106 S.Ct. 2147, 2150 & n.3 (1986).

Los Angeles County Superior Court, *California vs. Simpson*, n° BA097211 (1995).

United States District Court of Nebraska, *Cavanaugh v. Bartelt et. al.*, [14-3183].

USSC, *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890).

District of Columbia Court of Appeal, *Dobkin v. District of Columbia*, 194 A.2d 657, 659 (D.C. 1963).

USSC, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990).

USSC, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

USSC, *Frazee c. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989).

US District Court of Missouri, *Green v. White*, 525 F. Supp. 81, 83–84 (ED Mo. 1981).

USSC, *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1865).

USSC, *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 603 (1978).

USSC, *Lyng v. LW Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 439, 458 (1988).

USSC, *Maryland. & Va. Churches v. Sharpsburg Ch.*, 396 U.S 367, 368 (1970).

US Court of Appeals for the Eighth Circuit, *Ochs v. Thalacker*, 90 F. 3d 293, 296 (CA8 1996).

USSC, *Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 449 (1969).

USSC, *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 164.

USSC, *Sherbert v. Werner*, 374 US 398 (1963).

USSC, *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

USSC, *United States v. Allen*, 760 F.2d 447, 451-452 (2d Cir. 1985).

USSC, *United States v. Ballard*, 322 US 78, 86 (1944).

U.S. District Court for the District of Columbia, *United States v. Kuch*, 288 F. Supp. 439, 444 (D.D.C. 1968).

US Court of Appeals for the Tenth Circuit, *United States v. Quaintance*, 608 F.3d 717 (10th Cir. 2010).

USSC, *Watson v Jones*, 80 US 679, 727 (1872).

Supreme Court of Iowa, *Winters v. State*, 549 N. W. 2d 819–820 (Iowa 1996).

USSC, *Witmer v. United-States*, 348 U.S. 375, 381 (1955).

AUTRES

Les décisions sont classées par ordre chronologique.

Trib. des conflits, 2 juin 1908, affaire « Morizot », *D.P.* 1908.3.57.

CCFA, 15 janvier 1958, *Lüth*, BVerfGE 7, 198, p. 205 (arrêt fondateur) ; *RIDC*, 1981, p. 501, H. G. RUPP ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 140, J.-C. BEGUIN.

Trib. des conflits, 27 juin 1966, n° 01889, affaire « Guigon ».

CJCE, *Defrenne*, 15 juin 1978, n° 149/77.

CJCE, *Ivenel c/ Schwab*, 26 mai 1982, aff. 133/81, *Rec. CJCE* 1982, p. 1891 ; *JDI* 1982, p. 948, note J.-M. BISCHOFF et A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, Assemblée plénière, 21 janvier 2010, avis sur le port du voile intégral.

Tribunal de grande instance de Cologne (Landgericht), Köln, 7 mai 2012, Wa. 151 Ns 169/11.

CJUE [G.C.], *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*, 14 mars 2017, n° C-188/15 ; *Rev. Trav.* 2017. 422, note P. ADAM ; *D.* 2017. 947, note J. MOULY ; *Sem. Soc. Lamy*, 27 mars 2017, n° 1762, p. 3, note G. CALVÈS.

CJUE, *Samira Achtiba*, 14 mars 2017, C-157/15, *JCP S* 2017, 1105, note B. BOSSU.

DDD, décision 2018-012 du 15 février 2018 relative à la rupture anticipée de stage d'une personne perçue comme musulmane dans une crèche confessionnelle juive dans un contexte post-attentats, n° 2018-012.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

Accommodements raisonnables, *v. Discrimination*.

Acculturation juridique, 318, 320.

Algorithmes, *v. Justice prédictive*.

Amicus curiae, 230.

Appartenance religieuse, 3, 8, 29, 47, 65, 72, 86, 104, 148, 152, 232-233, 241, 247, 268, 291, 308-311, 335, 400-405, 419, 427, 433-440, 463, 499.

Assistance éducative, 195s.

Autodétermination, *v. Autonomie personnelle*.

Autonomie personnelle/individuelle, 39, 115, 152, 210, 214, 227, 240, 258-260, 300, 301, 333, 337, 343, 349, 422, 436, 496.

Autoréférencement religieux, 152, 311, 334, 419, 435, 466.

- Liberté de choix, *v. ce mot*.

Autorité parentale, 167, 168, 194s., 202-203, 217, 402.

- Droit de visite et d'hébergement, 167, 197, 203, 204.

B

Blasphème, *v. Liberté d'expression*.

C

Circoncision, 52, 197.

Communautarisme, 8, 9, 47, 48, 55- 56, 531, 548.

Communauté religieuse, 21, 26, 31, 50, 58, 75, 122, 123, 126-131, 303, 406, 431, 435.

- Droit à l'autonomie, 127, 132, 292.

Comportement religieux,

- Individuel, 101s.
 - Alimentation, 107-108, 384.
 - Éducation religieuse, 109, 196.
 - Fêtes religieuses, 111, 291.
 - Objection de conscience, 119-120, 288, 322, 459.

- Prénom, 105, 198-199, 233, 241.
- Prière, 110.
- Signes & vêtements, 103, 260, 302, 306, 308, 330, 351, 394, 397, 430, 439, 458, 467, 508.

- Ostensibles/Ostentatoires : 308-311.

- Traitements médicaux et transfusions sanguines, 114s., 259, 461.
- Prosélytisme & Prédication, *v. Prosélytisme*.

- Collectif, 122s.

- Communauté de croyants, 123.
- Communauté religieuse, *v. ce mot*.
- Liberté de réunion et d'association, *v. ce mot*.

Compréhension interculturelle (dialogue), 229, 232, 341, 358.

Conséquentialisme,

- Juridique, 503-509, 512.
- En philosophie morale, 158, 215, 502-503, 509-511.
- De fait, 158, 191, 194, 195, 198, 203, 212, 241.

Contrôle de proportionnalité, *v. Proportionnalité*.

Convictions protégées, 443-464.

- Notion covalente, 444-447, 449, 450.

Convictions religieuses,

- Définition, 8, 421-422, 430, 449.
 - Manifestations (*v. aussi Comportement religieux*), 466-470.
 - Sentiment religieux, 76s., 261, 473-474.
 - For intérieur, 78, 262, 334, 422, 448.
 - Clause de dureté, *v. Divorce*.

- Critères :

- Sincérité, 288, 291, 297, 299, 305, 454-463.
- Religion personnelle, *v. Religion*.

- Individualisme religieux, *v. Individualisme*.
- Autoréférencement religieux, *v. ce mot*.

- Normativité, 156, 422-423, 459, 460.
 - Force (normative), 458, 499, 508.

Culte, 7, 25, 29, 31, 59, 92, 99, 110, 123-124, 126, 128, 129, 130, 132, 194, 264, 375, 386, 440, 463, 466, 520, 541.

Culture, 47-54, 55, 72, 74, 136, 205, 218.

- Précompréhensions, *v. ce mot*.

D

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 5, 28, 324, 326, 372, 373, 376, 450, 528.

Diffamation, *v. Liberté d'expression*.

Différence, 240, 316, 317, 321, 333, 337, 430, 550, 552.

Discrimination, 120, 147, 239, 245, 254, 370, 372, 378-379, 399.

- Religieuse, 2, 3, 161-162, 299, 370, 374s., 381-382, 400-404.
 - Accommodements raisonnables (Canada), 302, 381, 389-398, 458, 481, 482, 484.
 - Accommodements (USA), 285.
 - Aménagements raisonnables (CEDH), 246, 384, 483, 485
- Positive, 162, 248.
- Indirecte, 382-383, 389, 404.
- Collective, 406-408.

Divorce, 157, 163, 191-193.

- *Gueth*, 215, 251, 253, 492.
- Préjudice religieux, 192.
- Clause d'exceptionnelle dureté, 91, 191-192.

Droit au bonheur, *v. Individualisme*.

Droits de groupe, 55, 128, 329.

E

Éducation religieuse, *v. Comportements religieux*.

Effet horizontal, 14, 252.

Égalité, 143, 236-249, 370, 372-373, 375-398.

- Formelle, 144-147, 236, 238-240, 242, 245, 247.
 - Universalité, *v. ce mot*.
- Matérielle, 236, 240-242, 243, 245, 384, 390.

Entreprise,

- De tendance/de conviction, 63, 126.
- Clauses de neutralité, 70.

Épanouissement individuel, *v. Individualisme*.

Équité, 53, 145, 152, 243-244, 249, 358, 397, 481, 488-490, 510.

Excision, 52, 461.

F

Fait religieux, 7, 16, 125, 133, 135, 150, 157, 170, 173, 174, 179, 189, 191, 193, 218, 224, 227, 285, 325, 352, 387, 410, 428, 435, 547, 549.

For intérieur, *v. Convictions religieuses*.

G

Gueth, *v. Divorce*.

I

Identité, 55, 152, 337, 436-437, 462.

- Paralogisme identitaire, 152, 439.

Impartialité, 148, 219, 226, 231, 305, 356-368, 510.

- Préjugé(s), 222, 232, 309, 354, 357-358, 363, 364.

Individualisme,

- Juridique, 36s., 319, 421.
- Religieux, 43, 44, 247, 306.
- Épanouissement individuel/personnel, 38-39.
 - Autonomie individuelle, *v. ce mot*.

Injure, *v. Liberté d'expression*.

Intérêt de l'enfant, 194, 202.

Intérêt général, 5, 13, 63, 69, 185, 395, 477, 482, 493, 495.

J

Justice prédictive, 216, 364.

L

Laïcité, 2, 5, 15, 32, 58s., 143, 150, 170, 192, 211, 230, 308, 324, 325, 337, 348, 351, 375-377, 387, 477, 526.

- Neutralité, *v. ce mot*.
- Pluralisme, *v. ce mot*.
- Séparation, 2, 28-30, 230, 233.
 - Loi de 1905, 31, 43, 59, 130, 151, 178, 236, 318, 375, 520, 528, 541.

- Aux USA, 284.
- Au Canada, 296.
- Égalité, *v. ce mot.*
- Du service public de la justice (*v. aussi Neutralité*), 351s., 354.
- Philosophie, 2, 59s.
- Polarisation, 58-73, 65, 493.

Liberté de réunion et d'association, 123-126, 263-265.

Liberté de choix, 9, 38-40, 43, 220, 230, 258, 300, 349.

Liberté de conscience, 2, 5, 9, 28, 59, 66, 79, 96, 99, 120, 147, 156, 194, 251, 276, 300, 356, 375, 385, 509, 526, 532.

Liberté d'expression, 117, 261, 262, 326.

- Blasphème, 94-95,
- Injure & Diffamation, 83-86, 89, 261.
- Provocation à la haine, 50, 85, 261.

Liberté de religion, 4-11, 14, 15, 43, 55, 58, 66, 95, 122, 128, 131, 182, 240, 250s., 275s., 330, 337, 366-367, 369s., 411, 430, 444, 449, 450, 454, 460, 461, 469, 471s., 477, 485, 494, 528.

- Affaiblissement, 250-266.
- Effet horizontal, *v. ce mot.*
- Obligations positives, *v. ce mot.*
- Subjectivisation, 275-312, 391, 419, 422, 436, 449, 454.

Liberté religieuse, 5, 9, 59-60, 353, 366, 376, 386, 528.

M

Monisme, 226, 313-314, 318, 319, 339.

Morale, 214.

Multiculturalisme, 55, 152, 301, 330, 345-348, 393, 396.

N

Neutralité,

- Principe :
 - Neutralité axiologique (*v. aussi Impartialité*), 147-148, 157, 211, 296, 305, 353, 368, 429, 430, 462.
 - Neutralité d'apparence, 211, 353, 357.
 - Neutralité de l'État & de ses agents, 3, 309, 325, 353, 429, 462.
 - Obligation déontologique, 3, 353, 356-358.
- Mise en œuvre :
 - Neutralité judiciaire, 2-3, 138.

- Neutralité d'abstention, 3, 151, 156, 253, 354.
- Hyper-neutralisation du raisonnement, 160-163.
- Évolution :
 - Généralisation, 69-72, 353, 387.

Normalité, *v. Standards juridiques.*

Normativité individuelle, 38, 413, 516.

O

Objection de conscience, *v. Convictions religieuses.*

Obligations positives, 95, 119, 252, 384, 474, 478, 480, 482-483, 485, 543.

Ordre juridique, 23.

- Étatique, 314, 317, 320, 322, 333, 423, 516.
- Religieux, 23s., 31, 33, 145, 254.

Ordre public, 482, 515-542.

- Immatériel, 515, 522-524, 540.
- Matériel, 515, 520-521, 529.
- Sociétal, 321, 540-541.

P

Pluralisme, 313-348.

- Compréhensif, 333, 339-344, 345.
- Juridique, 145, 254, 313-314, 317, 318, 319, 333, 423.
- Juridique radical, 322, 333, 334-337, 343, 423.
 - Panjuridisme, 336.
- Culturel & Religieux, 55, 127, 222, 317, 324-326, 331.
- Principe juridique, 328-329, 331.

Précompréhensions, 52, 53, 143, 361.

Préjudice religieux, *v. Divorce.*

Préjugés, *v. Impartialité.*

Prière, *v. Convictions religieuses.*

Proportionnalité,

- Contrôle de, 12, 244, 391, 458, 461, 474, 477-514, 535-537.
- Mise en balance des intérêts, 244, 397, 458, 461, 487-500.
- Outils, *v. Conséquentialisme.*

Prosélytisme, 104, 109, 133, 262.

Q

Qualification juridique, 170, 172, 174, 175-177, 179, 181, 188, 189s., 217, 219, 227, 229, 446, 447.

R

Radicalisation religieuse, 164-170, 374, 521.

- Fiches « S », 169.

Raisonnement judiciaire,

- Contrôle de proportionnalité, *v. Proportionnalité*.
- Syllogisme, 177, 505.
- Qualification juridique, *v. ce mot*.

Religion,

- Définition, 8, 24-26, 42, 279-281, 449.
- Individualisation, 27, 33s., 43, 419, 426, 431-432.
 - Religion personnelle, 427-430, 449.
- Système/Institution, 26, 42, 123, 126, 318, 441, 469.

S

Secte(s), 195, 215, 222, 232, 264, 291, 357, 374.

Sécularisation, 1, 35, 135, 233, 432.

- « Désenchantement du monde », 8, 20, 135.

Sentiment religieux, *v. Convictions religieuses*

Séparation (des Églises et de l'État), *v. Laïcité*.

Signes religieux, *v. Convictions religieuses*.

Spiritualité, 431-432.

Standards juridiques, 185-188, 189-204, 207-233, 241, 479, 517, 534.

Syllogisme, *v. Raisonnement judiciaire*.

Syncrétisme, 431, 463.

T

Tolérance, 276, 393, 525, 526-527.

U

Universalité/Universel, 143-144, 152, 249, 343, 349.

- Universalisme juridique, 142s., 323.

V

Vivre ensemble, 73, 242, 321, 338, 342, 351, 515, 542.

Table des matières

REMERCIEMENTS	VII
PRINCIPALES ABREVIATIONS	XI
SOMMAIRE	XV
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 – COMPRENDRE L’APPREHENSION JUDICIAIRE DES CONVICTIONS RELIGIEUSES	23
TITRE 1 - LA PENETRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LE DISCOURS JURIDIQUE	25
<i>Chapitre 1 – L’apparition du concept de « convictions religieuses »</i>	<i>27</i>
Section 1 – Un phénomène émergent.....	29
I. Le cantonnement de l’ordre juridique religieux.....	29
A. Le détachement de l’ordre juridique religieux.....	30
B. L’isolement de l’ordre juridique religieux.....	37
II. Le développement de l’individualisme religieux.....	42
A. L’individualisme juridique, fondement de l’individualisation de la religion	43
B. Les convictions religieuses, traduction de l’individualisation de la religion	48
Section 2 – Un phénomène inquiétant	57
I. La réaction sociale : peur du communautarisme et conflits de cultures	57
A. Les convictions religieuses : facteur d’individualisation du « conflit de cultures ».....	57
B. Les convictions religieuses : vecteur individualiste du communautarisme religieux ?	66
II. La réaction juridique : la polarisation de la laïcité	71
A. La valorisation d’une conception philosophique de la laïcité	72
1. La laïcité comme conviction.....	73
2. La laïcité comme limite à la liberté de religion.....	76
B. La concrétisation juridique d’une conception philosophique de la laïcité	78
1. L’introduction de la neutralité religieuse dans les entreprises privées	78
2. La diffusion de la neutralité religieuse dans l’espace public	82
<i>Conclusion du Chapitre 1.....</i>	<i>87</i>
<i>Chapitre 2 - La composition des convictions religieuses</i>	<i>89</i>
Section 1 - L’intériorité de la conviction religieuse : le sentiment religieux	91
I. L’insaisissabilité du sentiment religieux	91
II. La révélation du sentiment religieux.....	93
1. La révélation du sentiment religieux par le juge des référés	94
2. La révélation du sentiment religieux en droit pénal	97
3. La révélation du sentiment religieux en droit de la responsabilité civile délictuelle	102
4. La révélation du sentiment religieux en droit de la famille	104

5. La révélation du sentiment religieux en droit européen des droits de l'homme.....	107
Section 2 - L'extériorité de la conviction religieuse : le comportement religieux.....	113
I. Le comportement religieux individuel	114
A. L'expression d'un mode de vie.....	115
1. L'adoption de signes distinctifs	115
2. L'adoption d'une conduite distinctive	118
B. L'opposition d'un choix de vie.....	124
1. Le refus de soins ou de traitements médicaux.....	124
2. L'objection de conscience	129
II. Le comportement religieux collectif	133
A. La communauté de croyants, expression des droits individuels	135
B. La communauté religieuse, garantie des droits individuels	136
1. Fonction représentative de la communauté religieuse.....	138
2. Fonction organisatrice de la communauté religieuse.....	141
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	147
CONCLUSION DU TITRE 1	149
TITRE 2 – L'ÉVICTION DES CONVICTIIONS RELIGIEUSES DE LA METHODE JUDICIAIRE.....	151
<i>Chapitre 1 – Une technique juridictionnelle établie</i>	153
Section 1 – Un automatisme épistémologique.....	155
I. Des fondements axiologiques.....	155
A. La République une et indivisible.....	155
1. Universalité du droit et égalité des individus.....	155
2. Neutralité du droit civil et indivisibilité de l'individu	160
B. Les paralogismes de compréhension	162
II. Un procédé décisionnel	166
A. La neutralisation des convictions religieuses.....	167
1. L'objectivation de la conviction religieuse	167
2. L'hyper-neutralisation du raisonnement.....	171
B. Le problème de la « radicalisation religieuse ».....	174
Section 2 – Une stratégie méthodologique.....	185
I. La possibilité d'une prise en compte indirecte des convictions religieuses	185
A. La factualisation des convictions religieuses.....	185
1. L'absence de catégorie juridique	186
2. L'effacement du droit européen des droits de l'homme.....	193
B. Le développement des standards juridiques.....	195
II. Les outils d'une prise en compte indirecte des convictions religieuses.....	202
A. L'emploi de standards textuels.....	202
B. L'emploi de standards jurisprudentiels	213
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	219
<i>Chapitre 2 – Une technique juridictionnelle imparfaite</i>	221
Section 1 – Une méthode contrastée.....	223
I. Les enjeux inhérents à l'emploi de standards juridiques.....	223
A. Des garanties d'adaptabilité et de flexibilité du droit.....	224

B.	Un référentiel centré sur la normalité	226
1.	L'ouverture à des valeurs non juridiques	226
2.	L'ouverture à la pluridisciplinarité.....	229
II.	L'utilisation problématique des standards juridiques.....	232
A.	L'appréciation de la normalité en matière religieuse.....	233
1.	La normalité sans préjugés ?	234
2.	La normalité dans la neutralité ?	236
3.	La normalité dans la proportionnalité	238
B.	L'hypothèse de l'intervention d'experts religieux.....	239
Section 2 –	Une éviction contestable.....	249
I.	Une limite axiologique : le principe d'égalité.....	249
A.	Limites tenant à la nature du concept d'égalité.....	250
B.	Limites tenant à l'évolution du concept d'égalité	255
II.	Une limite juridique : l'affaiblissement de la liberté de religion.....	261
A.	Une liberté affaiblie.....	262
B.	Une liberté superflue ?.....	267
	<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	277
	CONCLUSION DU TITRE 2	281
	CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	285
	SECONDE PARTIE - CONSTRUIRE LA PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES CONVICTIIONS	
	RELIGIEUSES	289
	TITRE 1 – LA PENETRATION DES CONVICTIIONS RELIGIEUSES DANS LE RAISONNEMENT JUDICIAIRE	291
	<i>Chapitre 1 – Un renversement épistémologique</i>	293
	Section 1 – La subjectivisation de la liberté de religion	295
I.	L'émergence d'une perspective subjective aux États-Unis.....	295
A.	Le développement d'une question religieuse.....	297
1.	La religion comme objet de discussion juridique	297
2.	La religion comme domaine interdit.....	301
B.	La construction d'une logique subjective.....	303
1.	La référence croissante à la sincérité de la croyance.....	304
2.	La distanciation progressive vis-à-vis des conceptions classiques et des institutions religieuses	305
II.	Le déploiement d'une logique subjective au Canada et en Europe	306
A.	Une subjectivisation consacrée au Canada.....	307
1.	Le déplacement du prisme d'analyse de la liberté de religion.....	307
2.	La consolidation d'une conception personnelle et subjective de la liberté de religion	310
B.	Une subjectivisation initiée dans le droit européen des droits de l'Homme	315
C.	Une subjectivisation décelable en droit administratif français	317
Section 2 –	L'ouverture au pluralisme	323
I.	La question du pluralisme.....	324
A.	Un défi paradigmatique.....	324
B.	Une nécessité juridique.....	333

II. Les modalités du pluralisme	341
A. La théorie du pluralisme juridique radical comme prisme méthodologique.....	342
B. Le pluralisme compréhensif comme fondement du « vivre ensemble »	345
1. Le pluralisme compréhensif comme orientation téléologique du « vivre ensemble ».....	346
2. Une ouverture au multiculturalisme libéral ?	350
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	355
<i>Chapitre 2 – Une opportunité théorique</i>	357
Section 1 – Un encadrement déontologique : la laïcité du raisonnement judiciaire.....	359
I. Le rayonnement déontologique du principe de laïcité.....	359
A. La laïcité de la Justice : une question de neutralité	360
B. La traduction déontologique de la neutralité judiciaire : l'impartialité du juge.....	363
II. Les implications fonctionnelles de la laïcité	367
A. Argumentation	367
B. Collégialité	369
C. Motivation	372
Section 2 – Une clarification méthodologique : la distinction avec la discrimination religieuse	375
I. Le chevauchement entre la liberté de religion et l'égalité religieuse.....	375
A. Liens théoriques : des droits complémentaires	376
1. Un chevauchement corrélatif au principe de laïcité.....	376
2. La non-discrimination au soutien de la liberté de religion	381
B. Conjonctions pratiques : des mises en œuvre confondues.....	383
1. L'empiètement de l'égalité sur la liberté de religion.....	384
2. De la proximité théorique à la confusion méthodologique : l'exemple de l'accommodement raisonnable au Canada.....	388
II. L'objectivation de la discrimination religieuse	395
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	405
CONCLUSION DU TITRE 1	409
TITRE 2 – L'INTEGRATION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES DANS LA METHODE JUDICIAIRE	413
<i>Chapitre 1 – Un objet de protection juridique</i>	415
Section 1 – Principes matriciels	417
I. Un prisme interprétatif fondé sur l'autoréférencement individuel.....	417
A. La conviction, une règle normative personnelle	418
B. L'individualisation juridique du religieux.....	422
1. L'individu comme point focal de la caractérisation de la dimension religieuse de sa conviction : la religion personnelle	422
2. L'individualisation à son paroxysme : le transfert du religieux vers le spirituel.....	427
II. Une présomption réfragable d'applicabilité : la place de l'appartenance religieuse.....	430
A. L'appartenance religieuse, une donnée épistémologique incontournable.....	430
B. L'appartenance religieuse, une passerelle méthodologique dans l'examen d'applicabilité	434
Section 2 – Qualification juridique.....	439
I. La caractérisation d'une conviction protégée	439
A. L'élaboration d'une notion covalente	440
1. Les notions covalentes comme condition d'applicabilité d'un droit fondamental	440

2. La notion de « conviction protégée », objet du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.....	442
B. Le test de sincérité.....	446
1. Influences et contenu.....	446
2. Enjeux.....	451
II. La caractérisation d'une manifestation de religion ou de conviction	454
A. Fondement : les manifestations de convictions au sens de la liberté de pensée, de conscience et de religion.....	455
1. Un critère subjectif.....	455
2. Des indices objectifs	456
B. Fonction : l'identification d'une ingérence dans le droit protégé.....	459
<i>Conclusion du Chapitre 1.....</i>	<i>463</i>
<i>Chapitre 2 – Un objet d'appréciation juridique.....</i>	<i>467</i>
Section 1 – Le contrôle de proportionnalité, instrument de prise en compte des convictions religieuses	469
I. Dans la logique de la proportionnalité privatisée	471
A. Une logique de conciliation	471
B. Une propension aux aménagements	473
II. Dans les données de la proportionnalité privatisée	477
A. L'identification des intérêts protégés	478
B. La commensurabilité des intérêts protégés.....	483
III. Grâce aux outils de la proportionnalité	490
A. Le recours à l'argument conséquentialiste.....	490
B. La mise en œuvre de l'argument conséquentialiste	494
1. La recherche des conséquences de chaque solution possible.....	494
2. La comparaison des conséquences de chaque solution possible	498
Section 2 – L'ordre public, instrument d'articulation des convictions religieuses avec l'ordre juridique étatique.....	505
I. Une articulation prédéterminée : la nécessité de l'utilisation de l'ordre public	507
A. Les convictions religieuses, intérêts protégés par l'ordre public.....	507
1. L'ordre public protecteur de l'exercice effectif des libertés	508
2. L'ordre public porteur des libertés.....	511
B. Les convictions religieuses, intérêts limités par l'ordre public.....	514
1. L'ordre public comme limite à la tolérance.....	514
2. L'ordre public comme limite à l'expression des convictions religieuses	517
II. Une articulation évolutive : l'instabilité de l'utilisation de l'ordre public	522
A. L'ordre public relativisé.....	523
B. L'ordre public instrumentalisé	528
<i>Conclusion du Chapitre 2.....</i>	<i>533</i>
CONCLUSION DU TITRE 2	537
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	541
CONCLUSION GENERALE	545

ANNEXE.....	555
BIBLIOGRAPHIE.....	559
Ouvrages généraux.....	559
Ouvrages spéciaux.....	564
Contributions à un ouvrage.....	570
Encyclopédies.....	578
Mélanges.....	580
Colloques.....	581
Thèses.....	587
Articles (Revue scientifique).....	589
Articles (Presse généraliste).....	607
Rapports.....	607
Documents web.....	609
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	611
INDEX ALPHABETIQUE.....	633
TABLE DES MATIERES.....	637

