

SOCIÉTÉ, DROIT
ET RELIGION

2013

Numéro 3

DOSSIER
LA LIBERTÉ RELIGIEUSE
DE L'ENFANT

Revue publiée avec le soutien
de l'Université de Strasbourg.

CNRS Éditions
15, rue Malebranche – 75005 Paris

Comité de rédaction

Fabrice Bin, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole –
CERFF-IRDEIC

Françoise Curtit, Ingénieure d'études au CNRS

Sébastien Lherbier-Levy, fondateur du site droitdesreligions.net

Éric Maulin, Professeur à l'Université de Strasbourg

Francis Messner, Directeur de recherche au CNRS

Pierre-Henri Prélot, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Thierry Rambaud, Professeur à l'Université de Strasbourg, Conseiller enseignement supérieur sciences humaines et sociales, rédacteur en chef

Isabelle Riassetto, Professeur à l'Université du Luxembourg

Jean-Gabriel Sorbara, Professeur à l'Université du Maine

Jean-Marie Woehrling, Président de Tribunal administratif

Conseil scientifique

Brigitte Basdevant-Gaudemet, Professeur à l'Université Paris-Sud 11

Olivier Échappé, Président de chambre à la Cour d'appel de Versailles, professeur associé de droit

Franck Frégosi, Directeur de recherche au CNRS

Yves Gaudemet, Professeur à l'Université Panthéon-Assas-Paris II

Thierry-Xavier Girardot, Conseiller d'État

Gérard Gonzalez, Professeur à l'Université de Montpellier I

Jean-Louis Harouel, Professeur à l'Université Panthéon-Assas-Paris II

Nicolas Haupais, Professeur à l'Université d'Orléans

Jean-Pierre Machelon, Professeur à l'Université Paris Descartes, directeur d'études à l'École pratique des Hautes Études, président du Conseil scientifique

Patrice Rolland, Professeur à l'Université Paris-Est

Dominique Schnapper, Sociologue, ancien membre du Conseil Constitutionnel

Secrétaire scientifique : Lucie Veyretout, ATER à l'Université de Strasbourg

Directeur de publication : Thierry Rambaud

© CNRS ÉDITIONS 2013

ISBN : 978-2-271-????-?

Abonnements et ventes :

<http://www.cnrseditions.fr>

Sommaire

DOSSIER THÉMATIQUE

LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DE L'ENFANT (ACTES DU COLLOQUE)

La protection du droit à la liberté religieuse de l'enfant dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé	9
<i>Pierre-Henry Prélôt</i>	
La liberté religieuse de l'enfant dans les textes internationaux	19
<i>Laure Pubert</i>	
Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme	47
<i>Gérard Gonzalez</i>	
La liberté religieuse de l'enfant en droit italien	65
<i>Christine Pauti</i>	
Religious freedom of children in German law*	79
<i>Heinrich de Wall</i>	
Le statut juridique de l'enfant dans la Loi juive	89
<i>Gabrielle Atlan</i>	
La liberté religieuse de l'enfant pour le catholicisme	101
<i>Guillaume Bernard</i>	
Liberté et religion, liberté de religion chez l'enfant en contexte bouddhiste: regards croisés entre l'Asie et l'Europe	115
<i>Lionel Obadia</i>	
Intervention au « Séminaire sur la liberté religieuse de l'enfant » Université de Strasbourg le 29 octobre 2010	135
<i>Salim Daccache s.j.</i>	

LE FINANCEMENT PUBLIC DES CULTES

Introduction	153
<i>Fabrice Bin</i>	
I ^{re} partie: « le financement public des cultes et la crise économique européenne »	157
Présentation générale du problème	157
<i>François Bin</i>	
Églises et fiscalité en Grèce.....	159
<i>Theodoros Fortsakis</i>	
Considérations fiscales et financières à propos du subventionnement public des confessions religieuses en Italie.....	169
<i>C. Sachetto, A. Dagnino, F. Santagata</i>	
II ^e partie: la justification juridique du financement public des cultes.....	211
Le problème d'un principe fondamental indéfini.....	211
<i>Fabrice Bin</i>	
III ^e partie: le régime français du financement public des cultes	231
L'interdiction de financer les cultes dans la jurisprudence administrative	231
<i>Elsa FOREY</i>	

RUBRIQUES

Droit privé et religion	259
<i>Isabelle Riassetto</i>	
Institutionnalisation de l'islam et liberté de culte en droit allemand : la conclusion du premier accord entre un Land et la communauté musulmane – les deux accords du 14 août 2012 entre la ville-État de Hambourg et trois associations musulmanes.....	281
<i>Thierry Rambaud</i>	

DOSSIER THÉMATIQUE

La liberté religieuse de l'enfant (actes du colloque)

La protection du droit à la liberté religieuse de l'enfant dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé

Pierre-Henry Prélôt

Envisager du point de vue du droit la liberté religieuse de l'enfant en matière d'accès à l'instruction religieuse conduit à poser la question des statuts de l'enseignement religieux à l'école¹. De ce que l'enseignement privé en France est à plus de 95 % confessionnel, on est porté naturellement à cette préconclusion que l'enseignement privé facilite l'instruction religieuse beaucoup mieux que ne le fait l'enseignement public, pour autant que les parents qui mettent leurs enfants à l'école privée le font pour cette raison.

Mais la liberté de religion telle que la garantissent les textes internationaux ou internes, et en particulier l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, comprend également une dimension négative, qui implique de s'interroger également sur la garantie du droit de ne pas être exposé contre son choix à un enseignement religieux². Si la question n'est guère problématique dans l'enseignement public, où l'enseignement religieux a disparu des programmes obligatoires, en revanche la façon dont la liberté des élèves est préservée dans les établissements privés mérite d'être examinée. Enfin, il convient de faire une place dans l'analyse au régime local alsacien-mosellan.

Si l'on aborde la question de l'instruction religieuse dans les conditions où elle s'est posée historiquement en France, on voit clairement se dégager deux grands modèles d'organisation. Le modèle historique, qu'on qualifiera ici par convention de modèle confusionnel, ou moniste, fait de la religion une

1. On renvoie ici à F. Messner et J.-M. Woehrling, 1996, *Les statuts de l'enseignement religieux*, Paris, Éd. du Cerf, octobre 1996 : 202 p.

2. On renvoie ici à la jurisprudence de la cour de Strasbourg en matière d'instruction religieuse : CEDH 7 décembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark.- 29 juin 2007, Folgerø.- 9 oct. 2007, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie.

matière à part entière de l'enseignement dispensé aux élèves. C'est le modèle historique au sens où c'est celui de la religion dominante, c'est-à-dire en France un modèle chrétien catholique. C'est ce modèle de concordat scolaire qui prévaut au XIX^e siècle dans les lycées, où sont affectés – c'était le choix initial de Bonaparte – des aumôniers statutaires, mais aussi dans le primaire avec la loi Falloux qui fait de l'instruction religieuse une des matières obligatoires de l'enseignement³. Aujourd'hui encore, le régime de l'enseignement religieux en Alsace-Moselle, mais également dans le secteur primaire et secondaire privé, est hérité de ce modèle catholique que pratiquent toujours un certain nombre d'États européens.

L'autre modèle, c'est celui qu'imposeront les républicains avec les lois scolaires du début des années 1880, et qui est un modèle séparatiste excluant au contraire la religion des matières de l'enseignement au nom du postulat positiviste de la distinction de la connaissance et de la croyance. Ce modèle séparatiste comprend deux types, l'un atténué, ou modèle « jules-ferryste », qui est celui de l'enseignement secondaire, dans lequel l'aumônerie peut être maintenue au sein du collège ou du lycée, mais sans aucun caractère obligatoire, et l'autre strict, le système « paul-bertiste » adopté pour l'enseignement primaire où toute présence religieuse est évincée purement et simplement de l'école.

En France, ces deux modèles ont toujours été en tension l'un par rapport à l'autre, puisqu'historiquement c'est le modèle séparatiste qui a servi de matrice à la laïcisation de l'enseignement public, avec comme conséquence induite un clivage renforcé entre un enseignement public laïque et un enseignement privé catholique. Exclue de l'enseignement public, l'Église ne se voyait plus

.....
3. Article 23 : « L'enseignement primaire comprend :

L'instruction morale et religieuse

La lecture

L'écriture

Les éléments de la langue française

Le calcul et le système légal des poids et mesures

Il peut comprendre en outre :

L'arithmétique appliquée aux opérations pratiques

Les éléments de l'histoire et de la géographie

Des notions des sciences physiques et de l'histoire naturelle, applicables aux usages de la vie

Des instructions élémentaires sur l'agriculture, l'industrie et l'hygiène

L'arpentage, le nivellement, le dessin linéaire

Le chant et la gymnastique. »

d'autre que ses propres écoles, que les républicains, par réalisme autant que par libéralisme sincère, n'ont jamais voulu supprimer complètement.

Quant à ce qui touche au respect de la liberté de conscience de l'enfant du point de vue de l'accès à l'enseignement religieux, chacun de ces deux modèles a connu, depuis la fin du XIX^e siècle, un certain nombre d'évolutions, liées directement à la nécessité de prendre en considération la liberté de conscience religieuse des enfants.

On se propose de l'expliquer en évoquant pour commencer le modèle confusionnel, aussi bien pour l'enseignement privé que pour l'enseignement religieux d'Alsace-Moselle. On évoquera ensuite le modèle séparatiste de l'enseignement public.

L'enseignement primaire privé

Dès l'origine, la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire (article 2) prescrit que « l'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées »⁴. Les républicains entendent à travers cette disposition imposer aux écoles primaires privées l'obligation de respecter la liberté de conscience négative des élèves. À l'époque, il s'en faut de beaucoup que toutes les municipalités aient leur école élémentaire, et il faut avoir à l'esprit cette réalité que l'école catholique accueille alors encore fréquemment tous les enfants scolarisés de la commune. La loi Falloux de 1850 prescrit que « l'enseignement primaire est donné gratuitement à tous les enfants dont les familles sont hors d'état de le payer » (article 23), et cette disposition vaut également pour les écoles privées en sorte que les écoles chrétiennes accueillent elles-aussi les enfants de toutes origines sociales.

Quant à l'agencement proprement dit de l'instruction religieuse dans l'école libre (volume horaire, affectation dans l'emploi du temps, contenu), les textes sont longtemps restés silencieux, considérant qu'il s'agit d'une affaire qui intéresse l'école elle-même. Mais avec la loi Debré et l'association au service public des écoles privées confessionnelles, les choses ont du être

.....
4. Cette disposition a été codifiée dans le code de l'Éducation, CE, art. L141-3.

précisées, pour des raisons qui là encore sont à mettre en relation avec la liberté religieuse de l'enfant.

La loi Debré comprend en son article 1^{er} un énoncé introductif général soulignant que «suivant les principes définis dans la Constitution, l'Etat assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances». En ce qui concerne l'enseignement privé en particulier, la loi Debré prescrit que l'établissement placé sous le régime du contrat doit, tout en conservant son caractère propre, «donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience». Cette prescription doit être mise en rapport avec le fait que «tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinion ou de croyances, y ont accès». Autrement dit, pour autant que les écoles privées confessionnelles respectent les dispositions pluralistes de la loi Debré, ce qui n'est pas toujours le cas, l'enseignement religieux ne peut plus être obligatoire dans les conditions de l'école confessionnelle traditionnelle, où le certificat de baptême était exigé (dans les écoles catholiques) comme condition du recrutement, puisqu'il faut bien aménager des dérogations pour les élèves des autres confessions, ou pour les incroyants qu'elles ont l'obligation d'accueillir. De surcroît, le décret du 22 avril 1960⁵ précise que «les classes sous contrat d'association doivent respecter les programmes et les règles appliquées dans l'enseignement public en matière d'horaire», et que «l'instruction religieuse peut être dispensée soit aux heures non occupées par l'emploi du temps des classes, soit à la première ou à la dernière heure de l'emploi du temps de la matinée ou de l'après-midi». Avec ces dispositions qui cantonnent et isolent l'instruction religieuse dans le temps scolaire, on sort quasiment du modèle confusionnel pour se rapprocher du modèle séparatiste atténué, «jules-ferryiste», celui qui s'applique dans l'enseignement secondaire public, à ceci près que dans ce dernier il n'y a pas, et il s'en faut de beaucoup, d'aumônerie institutionnalisée dans tous les collèges et lycées. Les formules aménagées dans l'enseignement privé sous contrat sont variables selon les établissements (aumônerie interconfessionnelle, inscription volontaire ou obligatoire avec dispenses, enseignements distincts de catéchèse facultative et d'éducation à l'universel obligatoire pour tous, etc.). Si le modèle confusionnel continue à exister dans le privé, c'est désormais de façon marginale, soit dans des écoles sous contrat qui ont maintenu un recrutement mono-confessionnel

5. Décret n° 60-389 du 22 avril 1960 relatif au contrat d'association à l'enseignement public passé par les établissements privés.

en dépit des prescriptions de la loi, soit dans les écoles privées hors contrat. La liberté de choix des parents et des enfants est respectée mais en amont, au moment où ils décident d'inscrire ou non l'enfant dans l'école en question.

L'enseignement religieux dans l'enseignement public en Alsace-Moselle

Quant à l'enseignement religieux en Alsace-Moselle, organisé au départ selon ce même modèle moniste, il s'est lui aussi adapté au pluralisme religieux, et aux exigences de la liberté de conscience. Ainsi que le permet la loi Falloux, l'école primaire s'est tout d'abord interconfessionnalisée⁶, afin d'accueillir indifféremment des enfants de toutes les religions. À l'interconfessionnalisation statutaire, qui a connu deux périodes d'accélération dans l'entre-deux-guerres puis dans les années 1960⁷, a succédé dès les années 1980 une interconfessionnalisation de fait, en sorte qu'aujourd'hui c'est la quasi totalité de l'enseignement primaire qui est devenu pluriconfessionnel. Par ailleurs, l'enseignement religieux continue à faire partie des programmes obligatoires, à raison d'une ou deux heures hebdomadaires mais, depuis 1936⁸, un mécanisme de dispenses⁹ à la demande des parents a été mis en place. Le décret du 3 septembre 1974 confirme ce dispositif, tout en prescrivant que l'enseignement religieux «est assuré normalement par les instituteurs qui se déclarent prêts à le donner ou, à défaut, par les ministres des cultes ou par des personnes qualifiées proposées par les autorités religieuses agréées par le recteur de l'académie» (article 2). Nul ne peut ainsi être contraint de dispenser ou de suivre un enseignement religieux. Ici également, on se rapproche peu ou prou du système de l'aumônerie du régime général, et les différences apparaissent de moins en moins tranchées.

6. Article 15 : «(Le Conseil supérieur de l'instruction publique) détermine les cas où les communes peuvent, à raison de circonstances, et provisoirement établir ou conserver des écoles primaires dans lesquelles seront admis des enfants de l'un et l'autre sexe, ou des enfants appartenant aux différents cultes reconnus».

7. Voir J.-L. Bonnet, dans Messner, Prélôt et Woehrling, 2003, *Traité de droit français des religions*, Litec, n° 2746 à 2748.

8. Décret du 10 octobre 1936, article 6.

9. La dispense est accordée «par la déclaration écrite ou verbale et contresignée, faite au directeur de l'école».

Dans l'enseignement secondaire d'Alsace-Moselle, et par extension dans l'enseignement technique, c'est le système napoléonien de l'aumônerie qui a continué à s'appliquer après 1871, avec une stricte obligation d'assiduité en application de textes adaptés pendant la période allemande, et non abrogés par la suite¹⁰. À l'heure actuelle, des mécanismes de dispense existent également (reposant sur d'autres fondements textuels que pour le primaire), à savoir qu'au moment de l'inscription, les parents sont informés du caractère obligatoire de l'enseignement religieux et de la possibilité qui leur est donnée de demander une dispense qui est de droit et accordée pour la durée de la scolarité.

L'enseignement religieux dans l'École publique

Le modèle séparatiste est lui aussi organisé sur le même principe du respect de la liberté religieuse de l'enfant, mais dans une perspective inversée. Dans les modèles confusionnels, c'est la liberté du choix positif qui est garantie de façon prioritaire et aménagée comme telle, et celle du choix négatif qui doit être préservée par défaut. Ici, au contraire, l'école cesse de dispenser elle-même l'enseignement religieux, en sorte que la liberté religieuse négative est garantie à tous, mais sans que l'enfant soit empêché d'avoir accès, s'il le souhaite, à un enseignement religieux. L'exemple le plus suggestif à cet égard est celui de l'enseignement primaire, où toute forme de présence religieuse est proscrite dans l'enceinte scolaire, avec cette réserve, inscrite dans la loi du 28 mars 1882, que « les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse en-dehors des édifices scolaires »¹¹.

L'enseignement religieux est ainsi laissé aux bons soins de la communauté qui l'organise dans un cadre privé, la loi de 1905 ajoutant, au titre des mesures de police des cultes (Titre V) qu'elle édicte, qu'il doit être donné aux élèves de 6 à 13 ans « en dehors des heures de classe » (article 30). La journée réservée

10. On renvoie ici à l'article de J.-P. Pietri, 1996, « L'enseignement religieux dans les établissements secondaires publics d'Alsace-Moselle », in *Les statuts de l'enseignement religieux*, Paris, Dalloz : 103-112.

11. Article 2, codifié CE, art. L141-3.

présente cette caractéristique intéressante qu'elle place dans une situation de stricte égalité les différents cultes, ce qui du point de vue de l'analyse des effets discriminatoires des dispositifs d'accès à l'enseignement religieux n'est pas sans intérêt. Pour les religions minoritaires, elle permet en effet de regrouper les enfants dispersés dans les différentes écoles d'un même secteur ou d'une même localité, ce que ne permet pas le système de l'aumônerie. Quant à l'Église catholique, elle s'est adaptée en organisant la catéchèse dans le cadre paroissial, mais aussi chez les familles, et est aujourd'hui très attachée à la formule de la journée réservée, qui constitue pour elle une composante essentielle du pacte laïque. Les évêques n'ont d'ailleurs pas hésité, dans les années 1990, à porter la question devant les juridictions lorsque la journée réservée s'est trouvée menacée au bénéfice des mesures de décentralisation de l'enseignement mises en place. Aujourd'hui, c'est la généralisation de la journée de quatre jours qui donne son effectivité à l'obligation de la journée réservée pour l'instruction religieuse. C'est une autre question après de savoir ce qu'en font les parents.

Quant à l'enseignement secondaire public, il est organisé selon un système d'aumônerie dont la création, lorsque son existence n'est pas immémoriale comme c'est le cas dans les anciens lycées pourvus d'une chapelle, est subordonnée à une demande préalable des parents. Le dispositif avait été conçu initialement dans un sens libéral, le décret du 24 décembre 1881 prescrivant que «dans les établissements publics d'instruction secondaire, le vœu des pères de famille sera toujours consulté et suivi en ce qui concerne la participation de leurs enfants à l'enseignement et aux exercices religieux». L'article 2 du décret précisait par ailleurs que «l'instruction religieuse sera donnée par les ministres des différents cultes dans l'intérieur des établissements, en-dehors des heures de classe». Mais après 1905, l'aumônerie scolaire cessera d'être comprise comme le lieu normal de l'instruction religieuse, pour devenir, à la lumière de l'article 2 de la loi de séparation, la condition nécessaire du libre exercice de culte pour les élèves écartés de la vie civile, c'est-à-dire que sa création n'aura plus de caractère obligatoire qu'en régime d'internat. Cette interprétation restrictive prendra fin avec la loi Debré du 31 décembre 1959, prescrivant que «l'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse»¹². Un décret du 22 avril 1960, complété par un arrêté du 8 août et par une circulaire, la dernière en date remontant au 22 avril 1988, organisent

.....
12. Article 1, codifié L 141-2.

aujourd'hui encore le régime de l'aumônerie. La décision de créer une aumônerie nouvelle, lorsqu'elle n'est pas de droit (existence d'un internat), est prise par le recteur, la circulaire précisant que « la règle générale doit être d'accorder satisfaction aux vœux des demandeurs, même si ceux-ci ne représentent qu'un très faible pourcentage de l'effectif total de l'établissement ».

Lorsque le collège ou le lycée comprend une aumônerie, le chef d'établissement doit en informer l'élève s'il est majeur ou ses parents s'il est mineur. Au collège, ce sont les parents qui décident pour l'enfant. En revanche, pour le second cycle, ce sont les élèves qui font eux-mêmes la demande de fréquenter l'aumônerie, étant précisé toutefois que « pour les enfants mineurs, les parents en seront informés et pourront s'y opposer ». La circulaire prescrit ainsi une majorité religieuse de l'enfant, fixée à environ 15 ans (âge moyen d'entrée au lycée), mais avec faculté d'opposition des parents. On notera que si les parents peuvent s'opposer à la fréquentation de l'aumônerie par leur enfant mineur, ils n'ont pas le droit en revanche de s'opposer à ce qu'il ne la fréquente pas, c'est-à-dire de le contraindre à suivre un enseignement religieux. L'enfant qui rejette la religion est présumé plus adulte que celui qui va vers elle.

Ces dispositions constituent l'état actuel du droit. Mais la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de tout signe religieux ostensible dans les écoles publiques contredit cet ordonnancement somme toute libéral, même si les aumôneries n'existent que dans une toute petite minorité de collèges et de lycées publics. En effet, la loi de 2004 procède d'une logique séparatiste stricte, organique, contradictoire avec le principe d'une présence religieuse même momentanée dans l'école. Pour dire les choses autrement, comment justifier auprès des élèves musulmans qu'ils n'ont pas le droit d'extérioriser leurs convictions religieuses dans l'école, si des aumôniers chrétiens, éventuellement en tenue religieuse, ont le droit d'y pénétrer ? C'est ainsi que, par crainte de voir prospérer des demandes d'aumôneries musulmanes, les demandes émanées des catholiques ont aujourd'hui beaucoup plus de mal à prospérer.

Il est difficile, au terme de cet examen, de parvenir à des conclusions péremptoires sur les mérites et les vices, en termes de garantie de la liberté de conscience religieuse de l'enfant, des dispositifs existants. Si l'on considère que l'inscription à l'école privée n'est jamais obligatoire, et que même à l'école privée l'assiduité religieuse est facultative, on peut conclure aisément que la liberté de conscience religieuse, dans sa dimension négative, est scrupuleusement respectée en France, quelle que soit l'école fréquentée. Mais quant au droit d'accéder à l'instruction religieuse proprement dite, l'appréciation est plus complexe. Paradoxalement, entre les deux variantes du modèle séparatiste,

la variante stricte (journée réservée) apparaît nettement plus cohérente que la variante souple (aumônerie facultative), dont l'application est très aléatoire et qui soulève surtout souvent beaucoup de difficultés pratiques.

Quant au modèle confusionniste, que ce soit dans sa variante publique alsacienne-mosellane ou dans sa composante enseignement privé, il est lui aussi en crise. Bien entendu, l'accès à l'instruction religieuse y est facilité. Mais lorsque les clercs, dont c'était la tâche traditionnelle, ne sont plus assez nombreux pour assurer la transmission et que les volontaires laïques font défaut, alors c'est toute une culture religieuse qui cesse de se transmettre, en tout cas qui se transmet de plus en plus difficilement, et la laïcité ne fait qu'accompagner un processus devenu inexorable. Et lorsque l'école échoue dans sa fonction séculière de transmission généralisée du savoir, comment voudrait-on qu'elle réussisse mieux avec le savoir religieux ?

La liberté religieuse de l'enfant dans les textes internationaux

Premières pistes de réflexion

Laure Pubert
UMR 7012

Aborder la question de la liberté religieuse de l'enfant au regard du droit international implique de délimiter les contours des droits religieux de l'enfant tels qu'ils ressortent des textes internationaux, à vocation générale ou particulière, sans négliger les points de confrontation avec la réalité de l'enfant.

La liberté de religion ne protège pas seulement les croyances religieuses d'une personne ; elle garantit aussi le droit de ne pas croire, d'afficher ouvertement son appartenance à une religion, de manifester ses croyances religieuses et de ne pas être forcé d'adhérer à une religion qui ne correspond pas à ses convictions personnelles, ou encore d'agir de manière contraire à ses croyances.

Au regard de la situation spécifique de l'enfant, la question de la protection de cette liberté renvoie à deux dimensions que l'on retrouve, avec plus ou moins de force, dans les textes internationaux pertinents. Tout d'abord, elle renvoie à l'idée d'un droit autonome de l'enfant à une dimension religieuse. Elle implique sous cet angle un exercice sans entraves qui exclut toute contrainte en dehors des restrictions autorisées. L'accent est alors mis sur l'identité religieuse propre à l'enfant.

Ensuite, elle est indissociable des spécificités qui s'attachent au statut de l'enfant en tant que mineur. Il ressort en particulier de l'ensemble des textes internationaux que définir la liberté religieuse de l'enfant est indissociable de la mention du rôle des parents dans l'éducation de leurs enfants. Les parents y sont tour à tour perçus comme les garants ou les déterminants du contenu de la liberté religieuse de l'enfant. L'interdiction de toute discrimination¹

1. Le concept de discrimination renvoie soit au traitement différencié de situations semblables soit au traitement identique de situations dissemblables, sans justification objective ou raisonnable (R. de Gouttes, 2004, « Les discriminations religieuses et la Convention européenne des droits de l'homme », in T. Massis et C. Pettiti (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 11 décembre 2003, Bruges, Bruylant, coll. Droit et

à l'encontre de l'enfant renvoie alors à la question de l'égalité de traitement et de l'équilibre entre une identité religieuse collective ou « héritée » déterminée par les acquis familiaux ou communautaires et une identité propre à l'enfant. La possibilité d'un exercice différencié des libertés dans le cadre des droits de l'enfant implique dès lors d'évaluer les différences qui caractérisent la situation particulière de l'enfant sans toutefois ignorer les éléments de ressemblance qui résultent de sa qualité de porteur de droits². Dans cette équation, le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant doit jouer le rôle de coefficient irréductible.

Cette dichotomie est présente dans les textes internationaux. La protection de la liberté religieuse de l'enfant est en effet partagée entre des instruments à vocation générale qui mettent l'accent sur la conciliation de la dimension religieuse de l'enfant avec les intérêts parentaux et un instrument à vocation spécifique, la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), qui insiste sur la reconnaissance d'un droit autonome de l'enfant à la liberté religieuse. Dans une perspective générale, la plupart des textes internationaux reconnaissent la liberté d'avoir et d'adopter la religion de son choix et le droit de manifester sa religion ou ses croyances. Cette protection peut s'appliquer à l'enfant mais elle reste soumise aux aléas de l'interprétation en l'absence de dispositions spécifiques. De manière complémentaire ou parallèle, la CIDE est le seul instrument international à aborder la question de la liberté de religion sous l'angle spécifique et unique d'un droit autonome de l'enfant.

Les contours ainsi émergés de la liberté religieuse de l'enfant permettent de déceler les obstacles concrets et les limitations juridiques aux droits de l'enfant au regard de la religion.

Ainsi, d'un côté, la protection de la liberté religieuse de l'enfant fait l'objet d'une attention diluée et générale prodiguée par des textes à vocation générale. De l'autre, elle est assurée par un instrument à vocation spécifique, la CIDE. Cette reconnaissance plurale et variable présente un intérêt non négligeable

.....
justice: 82). Cf. Comité des droits de l'homme des Nations unies, Observation générale n° 18 du 9 novembre 1989; observations du juge Tanaka dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice de 1968 concernant l'affaire du Sud-Ouest africain, Rec. 1966: 305; CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, n° 9473/81 et n° 9474/81 et CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, 2346/02.

2. À cet égard, Herbert (Lionel Adolphus) Hart écrivait: « des êtres humains se ressemblent toujours sous certains aspects et diffèrent sous d'autres, et tant qu'on n'a pas déterminé quelles sont les ressemblances et les différences que l'on juge pertinentes, l'adage "traitez des cas semblables de la même manière" reste nécessairement une formule vide. » (H. L. A. Hart, 1976 (trad.), *Le concept de droit*: 194).

pour la liberté religieuse de l'enfant mais elle révèle d'importantes limites qu'il importe de dépasser. La cohérence d'une reconnaissance de l'enfant en tant qu'être religieux implique de faire en sorte que cette dichotomie des approches en matière de liberté religieuse, qui se trouve particulièrement présente dans le champ éducatif, devienne une combinaison et éloigne les dangers du paradoxe entre dimension religieuse de l'enfant et droit autonome.

La protection diluée et partielle de la liberté religieuse de l'enfant dans les instruments internationaux à vocation générale

Plusieurs pistes au niveau international peuvent être suivies, bien que générales, sur la voie d'une conception juridique et d'une garantie correspondante de la liberté religieuse de l'enfant. Elles découlent tout d'abord des instruments internationaux, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance fondées sur la religion ou la conviction, et sont alimentées par l'appartenance de l'enfant à la catégorie des porteurs de droits.

Les dispositions générales et fondamentales à portée universelle : une reconnaissance des droits religieux de l'enfant en sa qualité d'être humain

La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies, fut le premier instrument à consacrer explicitement le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il en décline les traits caractéristiques sous l'angle de la liberté de conviction et de manifestation mais aussi celui de la liberté de changer de religion³ et de disséminer ses croyances⁴.

3. Art. 18: «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 seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.»

4. Art. 19: «Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.»

La question du choix et de la possibilité de mettre la liberté en acte au travers du désengagement idéologique et du changement de religion y semble primordiale. Toutefois, la situation de l'enfant au regard des droits fondamentaux n'y est abordée que sous l'angle de la liberté de choix des parents dans le domaine éducatif⁵. Il est néanmoins possible de conforter l'extension du champ de protection de la liberté religieuse en ayant recours à la clause de non-discrimination de l'article 2 DUDH⁶. Le principe de non-discrimination peut en effet alimenter l'articulation entre l'énoncé des droits de l'homme et des libertés fondamentales de l'individu et les libertés spécifiques de l'enfant.

Au regard de la portée générale de la protection offerte par la DUDH et de l'absence de caractère juridiquement contraignant de celle-ci, il importe de préciser que cette limite mérite d'être nuancée dans la mesure où ce texte a servi de source d'inspiration à l'élaboration d'autres instruments internationaux tels que les deux Pactes internationaux adoptés en 1966 et entrés en vigueur en 1976⁷, l'un relatif aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces derniers ajoutent une portée juridique contraignante à cette base universelle des droits de l'homme⁸.

La protection des intérêts de l'enfant articulée autour de la garantie générale de la liberté religieuse

À l'instar de la DUDH, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁹ consacre la liberté religieuse de l'individu. Toutefois, faisant écho à l'opposition des États musulmans qui considèrent l'apostasie comme

5. Art. 26(3): «Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.»

6. Art. 2: «1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.»

7. Ratification par la France le 4 novembre 1980.

8. En particulier, l'inspiration extraite de l'article 18 DUDH ressort particulièrement de la formulation de l'article 18 PIDCP; ce constat peut être étendu à la formulation de la clause de non-discrimination (art. 26 PIDCP/art. 2 DUDH).

9. Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 999: 171 et vol. 1057: 407 (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976).

un crime, il substitue à la garantie du droit de changer de religion celle du droit « d'adopter » une religion. L'article 18(1) est formulé comme suit :

« Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. »

Le Comité des droits de l'homme (CDH), organe de contrôle du Pacte¹⁰, donne une interprétation élargie de l'article 18 dont le champ de protection englobe tous les mouvements religieux, sans être limité aux religions traditionnelles, et couvre « les convictions théistes, non théistes et athées, ainsi que le droit de ne professer aucune religion ou conviction »¹¹. Par une extension similaire, il considère que la liberté « d'avoir ou d'adopter » une religion ou une conviction suppose de manière générale que soit reconnue la liberté de « choisir une religion ou une conviction, y compris le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction »¹². Sur ce fondement, le CDH n'hésite pas à exprimer son inquiétude à l'égard des pratiques ou droits nationaux qui violent la liberté de changer de religion¹³ et à suggérer que l'interdiction pour une personne n'ayant pas encore atteint l'âge de 16 ans de décider de sa religion devrait être révisée¹⁴.

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions est elle aussi définie de manière large par le CDH¹⁵. L'article 18 protège ainsi le droit de ne pas manifester ou pratiquer une religion. À ce titre, le CDH a condamné, sur la base des

10. Le CDH a compétence pour recevoir et examiner les communications individuelles faisant état d'une violation d'un droit énoncé dans le Pacte (Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 (Nations unies, Recueil des Traités, vol. 999 : 171). 113 États ont ratifié le Protocole.

11. Observation générale n° 22 : « Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion », art. 18, 30 juillet 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add. (1993), para. 2.

12. *Ibid.*, para. 5.

13. Notamment : Jordanie, Lybie, Yémen, Maroc (mort aux yeux de la loi), Soudan (peine de mort), Égypte (mort civile), etc.

14. CDH, Summary Record of the 1335th meeting : Cyprus, 19/07/1994, UN Doc CCPR/C/SR.1335, para. 15.

15. Observation générale n° 22, *op. cit.* : « L'accomplissement des actes cérémoniels, l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie et l'utilisation d'une langue particulière communément parlée par un groupe. » (para. 4)

articles 18 et 24 PIDCP, en raison de son caractère déraisonnable, l'exigence de chanter l'hymne national et de saluer le drapeau pour les enfants souhaitant intégrer une école publique, sans qu'ils soient autorisés à invoquer l'objection de conscience¹⁶. De la même manière, transposée dans une perspective propre à l'enfant, la protection de l'exercice sans contrainte de la liberté religieuse¹⁷ doit être interprétée comme interdisant «les politiques ou les pratiques, [...] restreignant l'accès à l'éducation et aux soins médicaux ou les droits garantis par les dispositions du Pacte»¹⁸.

Au titre du paragraphe 3 de l'article 18, seule la liberté de manifestation peut subir des restrictions¹⁹. Ainsi, la dimension interne de la liberté qui fonde l'identité religieuse de l'enfant ne peut pas subir de limitations, y compris pour la défense d'autres intérêts. Le droit d'avoir ou de ne pas avoir de religion ou de croyance ainsi que les pratiques privées, comme la prière ou les rites dans le cadre familial, présentent donc un caractère absolu. Il en ressort que la question de l'appartenance doit être distinguée de celle de la manifestation soumise à restriction. Une telle distinction présente d'importantes ressources interprétatives dans le cas des sectes et des atteintes aux intérêts ou à l'intégrité physique et morale de l'enfant.

Une protection absolue est également accordée à «la liberté des parents et des tuteurs d'assurer à leurs enfants une éducation religieuse et morale»²⁰. Il importe à cet égard de souligner que dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990²¹, les restrictions autorisées ne sont mentionnées qu'à l'égard des devoirs parentaux. Par voie de conséquence, seuls les parents peuvent interférer avec le droit de l'enfant à sa liberté religieuse.

Selon le CDH, le principe de non-discrimination doit sous-tendre l'interprétation du caractère nécessaire des restrictions aux droits garantis par le Pacte²².

16. Observations finales du Comité des droits de l'homme : Zambia, 03/04/1996, CCPR/C/79/Add.62, para. 18.

17. Art. 18(2) : «Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.»

18. Observation générale n° 22, *op. cit.*, para. 5.

19. Cf. Observation générale n° 22, *op. cit.*, para. 8 : «Le paragraphe 3 de l'article 18 n'autorise les restrictions apportées aux manifestations de la religion ou des convictions que si lesdites restrictions sont prévues par la loi et sont nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.»

20. *Ibid.*

21. CAB/LEG/153/Rev.2.

22. En particulier, «[e]n interprétant la portée des clauses relatives aux restrictions autorisées, les États parties d[oi]vent s'inspirer de la nécessité de protéger les droits garantis en vertu du Pacte, y compris le droit à l'égalité et le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur les motifs spécifiés aux articles 2, 3 et 26» (*ibid.*, para. 8).

Dans le contexte scolaire, l'évaluation de la nécessité des restrictions a notamment été l'occasion d'une appréciation détaillée de la part du Comité de la proportionnalité du renvoi d'un professeur ayant dénigré les croyances et la foi juives au travers de plusieurs écrits et qui avait incité à tenir des propos méprisants à l'égard des juifs²³. Les motifs invoqués afin de justifier cette décision avaient trait au besoin de protéger les droits et la réputation des personnes de confession juive ainsi qu'au droit et à la liberté des enfants juifs de bénéficier d'un système scolaire impartial, sans préjugés ni intolérance. De plus, la restriction était apparue minime dans la mesure où l'auteur de ces écrits s'était vu offrir un poste en dehors de l'enseignement après une courte période de congé sans solde et ne s'était donc trouvé privé de revenu que pour un temps limité. Le Comité a ainsi révélé l'attention particulière qu'il porte au caractère sensible du milieu éducatif et à l'exigence de neutralité en raison de la nature particulière de cet environnement qui confronte l'enfant à un risque élevé de pressions. Ces dernières découlent notamment de l'influence des enseignants et, pour les plus jeunes, d'une capacité critique ne suffisant pas à leur permettre de prendre la distance requise et de former leur propre jugement.

Les droits de l'enfant sont également protégés sous l'angle de l'appartenance à une minorité religieuse. En particulier, l'article 27 garantit les spécificités des pratiques religieuses des minorités²⁴. La réserve opposée par la France tend toutefois à ôter tout intérêt à cette disposition sur le territoire français étant donné que le statut de minorité n'est pas reconnu par le droit national²⁵.

En sus de cette perspective classique axée sur la liberté religieuse, le PIDCP présente une originalité par rapport à la DUDH, dont il s'inspire pourtant, puisqu'il consacre une disposition spécifique à l'enfant, à savoir l'article 24 sur le droit de bénéficier des « mesures de protection qu'exige sa condition

23. *Malcolm Ross v. Canada*, Communication n° 736/1997, 26/10/2000, UN Doc.A/56/40 vol. 2 (2001: 69, para. 11.5, 11.6. Cf. P. M. Taylor, 2005, *Freedom of religion: UN and European human rights law and practice*, New York, Cambridge University Press: 307; S. Langlaude, 2007, *The right of the child to religious freedom in international law*, Martinus Nijhoff Publishers: 82.

24. Art. 27 PIDCP: « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »

25. Déclaration de la délégation française en groupe de travail chargé par le comité des droits de l'homme d'établir le droit des personnes appartenant à des minorités, CES E/CN4 1991/53, 5 mars 1991.

de mineur» sans discrimination fondée sur la religion²⁶. L'interdiction des discriminations religieuses laisse ici ouverte la possibilité d'une protection d'une dimension religieuse propre à l'enfant et, partant, renforce la protection de sa liberté dans ce domaine en complément du cadre général de l'article 18.

Cette ouverture mérite cependant quelques nuances qui restreignent le champ des possibles. En effet, peu de commentaires ont été consacrés par le CDH aux droits de l'enfant²⁷ ou ceux-ci se trouvent dilués dans l'évaluation de la garantie du respect des droits parentaux, principalement en matière d'éducation religieuse²⁸. Les droits de l'enfant sont rarement mis en avant à l'exception des cas de port de signes religieux²⁹ ou d'hommage obligatoire aux signes nationaux et ceux relevant des restrictions à la liberté de manifester sa religion. Ce constat spécifique s'inscrit dans un contexte général dans lequel, outre les commentaires émis dans le cadre de l'observation générale n° 22, le CDH a eu peu d'occasion de se prononcer sur la question particulière de la liberté religieuse, cela notamment en raison du nombre très limité de communications individuelles présentées sur ce thème qui peut s'expliquer par un accès insuffisant aux informations nécessaires et des moyens limités à disposition des personnes victimes d'une violation de leurs droits³⁰.

Le Pacte présente toutefois d'importantes ressources interprétatives en faveur de la liberté de choisir sa religion et d'une certaine reconnaissance de la dimension religieuse de l'enfant.

26. Art. 24(1) PIDCP: «Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la *religion*, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.» À rapprocher de l'article 19 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme (adoptée le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme).

27. S. Langlaude, *op. cit.* : 93.

28. *Ibid.* : 93-97, notamment 97: "the HRC is often likely to hide behind parental rights if a young child makes a claim against the state [...]. It is one thing to say that the child has an independent right, and accept to go through the parents when the child is young; it is another thing to deny the child an independent right and treat them as an appendix to the parents."

29. Cf. Observations finales du CDH: France, 31/07/2008, CCPR/C/FRA/CO/4, para. 23.

30. Cf. Premier protocole facultatif ratifié par 98 États parties sur 147 qui reconnaissent ainsi la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers (art. 1).

La protection des intérêts de l'enfant articulée autour de la garantie générale contre l'intolérance et les discriminations fondées sur la religion ou la conviction

La Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction a été proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1981. Fruit d'un consensus qui a mis plus de vingt ans à se former³¹, ce texte représente aujourd'hui l'instrument le plus élaboré sur le thème de la liberté de religion³² abordée sous un angle général. Il est le seul à traiter de la question de l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discriminations fondées sur la religion ou la conviction. Ce texte consolide ainsi et étend les perspectives existantes au niveau international. Dans cette logique, s'il ne reconnaît pas expressément la liberté de changer de religion, son article 8 fournit les éléments interprétatifs constitutifs d'un effet cliquet par rapport aux droits énoncés dans la DUDH et dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme³³.

Révélant toutefois une dynamique d'extension interrompue, on constate qu'une seule disposition s'intéresse à la dimension religieuse de l'enfant au travers d'une garantie expresse contre les discriminations religieuses. L'article 5(3) dispose en particulier que : « L'enfant doit être protégé contre toute forme de discrimination fondée sur la religion ou la conviction. Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, de respect de la liberté de religion ou de conviction d'autrui et dans la pleine conscience que son énergie et ses talents doivent être consacrés au service de ses semblables. »

Cet article protège également les convictions parentales. La question de l'éducation des enfants y est rattachée à l'exercice des prérogatives parentales et au droit des parents d'organiser la vie familiale conformément à leur religion ou leur conviction³⁴. La Déclaration met ici l'accent sur la place particulière

31. La Commission des droits de l'homme avait été chargée de rédiger un projet de déclaration et un projet de convention dès 1962 sur la base d'un projet de principes rédigé par la sous-commission. Il faut toutefois souligner que le projet de convention n'a toujours pas abouti.

32. A. Kiss, 1998, « Les garanties internationales de la liberté des religions, mais de quelles religions? », in *Mélanges R. GOY, Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Publications de l'Université de Rouen : 199 et s.

33. Art. 8 : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne sera interprétée comme constituant une restriction ou une dérogation à un droit énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. »

34. Art. 5(1) : « Les parents ou, le cas échéant, les tuteurs légaux de l'enfant ont le droit d'organiser la vie au sein de la famille conformément à leur religion ou leur conviction et en tenant compte de l'éducation morale conformément à laquelle ils estiment que l'enfant doit être élevé. »

de la famille en tant que groupe religieux autonome dirigé par les parents. La mention d'un droit de l'enfant à cet égard ne semble pas dépasser le statut d'accessoire des vœux parentaux ou à tout le moins se limite à la relation qu'entretient l'enfant avec la religion de ses parents³⁵. Les seules limitations résident dans le respect de l'intérêt de l'enfant, défini comme principe directeur³⁶, et dans l'interdiction de porter préjudice à la santé physique ou mentale de l'enfant ou au développement de ses capacités³⁷.

Bien que de portée déclaratoire, cet instrument international s'accompagne d'une procédure de suivi qui présente des traits intéressants pour une approche concrète de la protection de la liberté religieuse de l'enfant. Un rapporteur spécial sur la liberté de religion et de conviction³⁸ est en effet chargé de contrôler l'application de cette déclaration par les États. Pour ce faire, il peut s'appuyer de manière générale sur l'ensemble des textes conventionnels ou déclaratoires des Nations unies. Son mandat lui permet notamment de demander des renseignements et commentaires aux gouvernements, de recevoir des communications de groupes ou d'individus sur des violations de leurs droits et de faire des visites dans les pays concernés. Au terme de cette phase de révélation et d'examen critique, il rédige un rapport annuel public contenant ses conclusions et recommandations aux États. Depuis quelques années, les défis concrets de la prévention incitent le rapporteur spécial à multiplier les rencontres avec les acteurs et responsables du monde de l'éducation afin de développer la compréhension et le dialogue interreligieux dès le plus jeune âge³⁹, dans une approche centrée sur une valorisation de l'école comme outil de lutte contre l'intolérance.

35. Art. 5(2) : « Tout enfant jouit du droit d'accéder, en matière de religion ou de conviction, à une éducation conforme aux vœux de ses parents ou, selon le cas, de ses tuteurs légaux, et ne peut être contraint de recevoir un enseignement relatif à une religion ou une conviction contre les vœux de ses parents ou de ses tuteurs légaux, l'intérêt de l'enfant étant le principe directeur. »

36. *Ibid.*

37. Art. 5(5).

38. Anciennement dénommé « Rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse ». Il s'agit d'un expert indépendant. Le rapporteur spécial est M. Heiner Bielefeld depuis le 1^{er} août 2010.

39. Cf. Conférence internationale consultative sur l'éducation scolaire en relation avec la liberté de religion et de conviction, la tolérance et la non-discrimination, tenue à Madrid les 23-30 novembre 2001, à l'initiative du rapporteur spécial.

La protection de la liberté religieuse de l'enfant envisagée sous l'angle d'une reconnaissance d'un droit autonome : la Convention relative aux droits de l'enfant

La conception d'une protection spécifique apparaissait nécessaire dans la mesure où le champ général d'application des textes internationaux ne permettait pas de régler la question du caractère problématique de la reconnaissance d'une liberté religieuse de l'enfant en droit international⁴⁰.

Outre sa ratification quasi universelle⁴¹, cette Convention⁴² présente un intérêt certain au regard de sa nature juridique puisqu'il s'agit du premier texte international sur les droits de l'enfant à pouvoir revendiquer une portée contraignante. Cet aspect devrait être prochainement conforté par la mise en place d'un mécanisme de plaintes ; des discussions sont actuellement en cours sur l'élaboration d'un protocole facultatif⁴³.

La CIDE présente plusieurs dimensions de la liberté religieuse de l'enfant ; celle-ci y est protégée non seulement sous l'angle individuel des droits de l'enfant⁴⁴ mais également sous l'angle collectif de son appartenance à un groupe familial ou communautaire, voire dans certains cas à une minorité⁴⁵. Au cours du processus de formation de l'identité religieuse de l'enfant, seul le for intérieur de celui-ci, témoin de son accession à la conscience religieuse, bénéficie d'une garantie absolue.

40. La controverse sur le thème d'une reconnaissance de la liberté religieuse de l'enfant au moment de la rédaction de la CIDE était importante : "the right of the child to freedom of religion was so contentious an issue that disagreement over the extent of rights, as applicable to children, risked obstructing the drafting and adoption of the entire Convention." (G. van Bueren, 1998, *The International Law on the Rights of the Child*: 155).

41. Seuls les États-Unis et la Somalie n'ont pas ratifié la Convention.

42. Adoptée le 20 novembre 1989 (A.G. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. No. 49, à 167, U.N. Doc. A/44/49, 1989). Signée par la France le 26 janvier 1990, ratifiée le 7 août 1990 après autorisation du Parlement (loi du 2 juillet 1990), et entrée en vigueur en France le 6 septembre 1990 conformément à l'article 49 de la Convention.

43. Concernant la campagne pour le mécanisme de plainte de la Convention relative aux droits de l'enfant, consulter le site : http://www.crin.org/francais/droit/crc_plainte.asp.

44. L'article 14(1) est libellé comme suit : « Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion. »

45. Art. 30 CIDE.

L'influence combinée d'une dimension collective et d'une dimension individuelle de la liberté religieuse de l'enfant sur la conception du cadre de protection

La Convention reconnaît le rôle primordial de la famille et de la Communauté dans la formation de l'identité religieuse de l'enfant en tant que guides et lieux d'accompagnement de son développement. Sur le premier point, l'article 14(2) énonce que « [l]es États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice [de son] droit [à la liberté de pensée, de conscience et de religion] d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». Sur le second point, les articles 28 et 29 garantissent le droit de l'enfant à l'éducation, dont l'objectif doit être la préparation de l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans un esprit de compréhension, d'égalité et de tolérance⁴⁶. Selon le Comité des droits de l'enfant, chargé depuis 1991 de surveiller l'application de la Convention, ces valeurs de tolérance et d'ouverture devant ainsi sous-tendre l'éducation de l'enfant sont difficilement conciliables avec une législation nationale interdisant aux professeurs de porter des foulards dans les écoles publiques⁴⁷.

L'interrelation entre les droits fondamentaux de l'enfant et ceux des parents est particulièrement mise en avant par le Comité, les premiers ne pouvant être mis en œuvre indépendamment des seconds⁴⁸. La dimension collective est également prise en compte sous l'angle du droit des minorités religieuses de professer et de pratiquer leur religion tel qu'il est énoncé à l'article 30.

La nature des obligations à la charge de l'État

Les obligations découlant de l'article 14 impliquent notamment de reconnaître en droit interne la liberté religieuse des enfants. Dans les faits, une telle reconnaissance par la législation nationale est toutefois rare⁴⁹. De manière générale, si les

46. Art. 29(1), a/d.

47. Observations finales : Germany, 26/02/2004, UN Doc CRC/C/15/Add.226.

48. En particulier, « la réalisation des droits fondamentaux de l'enfant ne saurait être dissociée de la réalisation des droits fondamentaux de ses parents, ou de la réalisation des droits de l'homme au sein de la société en général » (Observations finales : Uzbekistan, 07/11/2001, UN Doc. CRC/C/15/Add.167, para. 35 ; Comité DE, Observations finales : Saudi Arabia, 22/02/2001, UN Doc. CRC/C/15/Add.148, para. 31 ; CDE, Observations finales : Iran, 28/06/2000, UN Doc CRC/C/15/Add.123, para. 35).

49. R. Hodgkin et P. Newell, 2002, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, NY, UNICEF : 193.

travaux préparatoires révèlent une réticence à reconnaître la dimension positive de la protection offerte et une préférence pour la dimension négative qui s'attache au seul respect de la liberté religieuse par l'État⁵⁰, le Comité des droits de l'enfant se prononce en faveur d'une approche élargie de la protection offerte⁵¹, qui s'appuie sur les mesures prises par les États afin d'assurer les conditions d'exercice de la liberté de l'enfant de manifester sa religion ou ses convictions.

Ainsi, la liberté religieuse de l'enfant présente à la fois des traits négatifs, incluant la protection contre l'endoctrinement étatique et non-étatique et l'interdiction d'empêcher l'accès de l'enfant à l'éducation religieuse, et des traits positifs permettant de concilier la liberté de l'enfant avec l'intérêt général et les droits de chacun. Cette conciliation peut prendre la forme d'une obligation de l'État de protéger l'enfant contre les obstacles créés par autrui, comme les leaders d'une communauté, ou celle d'une obligation de permettre l'éducation religieuse de l'enfant⁵².

L'émergence contenue d'une dimension religieuse propre à l'enfant

La nature de la dimension religieuse prise en compte par la CIDE révèle les dissensions qui existaient au moment de la rédaction de l'article 14 sur l'opportunité d'une formulation élargie⁵³, à l'instar de l'article 18(1) du PIDCP,

50. Cette réticence à voir l'État jouer un rôle actif doit être reliée aux préoccupations tirées du maintien de la séparation de l'Église et de l'État invoquée par certains États. S. Detrick (dir.), 1992, *The United Nations Convention on the Rights of the Child, A guide to the 'Travaux Préparatoires'*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers: 242.

51. Les États doivent « indiquer les mesures adoptées pour assurer la liberté de l'enfant de manifester sa religion ou ses convictions, y compris dans le cas des minorités ou des groupes autochtones. Il faudrait aussi fournir des renseignements sur les mesures prises pour assurer le respect des droits de l'enfant en ce qui concerne toute instruction religieuse dispensée dans les établissements d'enseignement publics » (CRC, Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques, UN Doc, CRC/C/58, 20 novembre 1996, para. 57).

52. L'accent est ici placé sur le contenu des programmes; l'article 14 ne semble pas inclure la question du financement (sur l'opposition des représentants américains à cet égard, voir S. Detrick (dir.), *op. cit.*: 242)

53. Il avait notamment été proposé d'incorporer dans le paragraphe 2 une disposition selon laquelle le droit de l'enfant à la liberté de religion « implique en particulier la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, dans la limite des seules restrictions prévues par la loi et nécessaires à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques » (S. Detrick (dir.), *ibid.*: 246). Ce texte avait été adopté par le groupe de travail en première lecture mais n'avait toutefois pas recueilli le consensus parmi les rédacteurs de la CIDE.

et d'une approche extensive de l'autonomie de l'enfant⁵⁴. Cette controverse portait essentiellement sur la reconnaissance expresse d'un droit de l'enfant de choisir sa religion et d'en changer⁵⁵; elle a été principalement alimentée par l'opposition des états musulmans et des défenseurs des libertés parentales⁵⁶. La préférence des rédacteurs de l'article 14 est toutefois allée à la formulation générale d'une obligation de respecter le « droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

L'identité religieuse comme liberté absolue de l'enfant

À l'instar de l'article 18 du PIDCP, la liberté religieuse est clairement distinguée de la liberté de manifestation puisque seule la dimension externe est visée par les restrictions autorisées de l'article 14(3). Dans une perspective commune aux deux traités, il est notamment admis que la reconnaissance de la liberté de religion n'est pas inconciliable avec l'existence d'une religion d'État⁵⁷ dès lors que celle-ci ne donne pas lieu à des pratiques discriminatoires, telles que l'obligation de se signaler ou la mise en place de « mesures restreignant l'accès au service de l'État aux membres de la religion prédominante, leur accordant des privilèges économiques ou imposant des restrictions spéciales à la pratique d'autres religions »⁵⁸. Cette position du Comité des droits de l'homme est partagée par le Comité des droits de l'enfant qui insiste néanmoins sur les dangers accrus de dérives discriminatoires dans un tel contexte⁵⁹.

Sur un terrain parallèle, la reconnaissance de l'enfant en sa qualité d'être religieux implique que les considérations liées à la religion de l'enfant soient prises en compte dans les procédures de garde⁶⁰. Il est important de souligner

54. Cf. Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 22, *op. cit.*, para. 5.

55. S. Detrick (dir.), *op. cit.* : 247.

56. R. Goy, *op. cit.* : 33 – « La liberté de changer de religion est surtout celle des adultes. Ce changement est personnel et suppose un certain âge. »

57. Position notamment du Comité des DH, Observation générale n° 22.

58. Observation générale n° 22, *op. cit.*, para. 9 : « Le fait qu'une religion est reconnue en tant que religion d'État ou qu'elle est établie en tant que religion officielle ou traditionnelle, ou que ses adeptes représentent la majorité de la population, ne doit porter en rien atteinte à la jouissance de l'un quelconque des droits garantis par le Pacte, notamment les articles 18 et 27, ni entraîner une discrimination quelconque contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants. »

59. Conclusions du Comité après examen des rapports périodiques : Indonésie, 18/10/1993, UN Doc CRC/C/15/Add.7, para. 15 : « Il lui paraît important de souligner que le fait de ne reconnaître officiellement que certaines religions peut donner lieu à des pratiques discriminatoires »; Conclusions : Indonésie (CRC/C/Add.25, 1994), para. 13.

60. Art. 20(3) CIDE.

ici la logique comparable⁶¹ voire les avancées du texte de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant⁶² qui non seulement garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion de l'enfant dans son article 9⁶³, mais veille également, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, à ce qu'on ne perde pas de vue les origines religieuses et linguistiques de l'enfant avant de le placer dans une structure d'accueil ou d'adoption⁶⁴.

Une illustration particulière de la difficulté de reconnaître un droit de l'enfant à la liberté religieuse : le cas de l'accès à l'éducation

En matière d'éducation, la protection offerte par les textes internationaux révèle la coexistence de deux angles d'approche, l'un mettant l'accent sur les libertés parentales, l'autre insistant sur la reconnaissance d'un droit de l'enfant à la liberté religieuse dans la perspective d'un exercice autonome adapté aux capacités évolutives du mineur.

La mise en valeur des libertés parentales

Dans le PIDCP⁶⁵, la protection du droit à une éducation religieuse confronte la liberté religieuse de l'enfant à la liberté des parents de faire assurer une

61. La proximité avec la CIDE s'explique notamment par le fait que la Charte africaine a été adoptée par la 26^e Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) moins d'un an après l'adoption de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, à savoir en juillet 1990, à Addis-Abeba en Ethiopie. Elle est entrée en vigueur en novembre 1999.

62. Cette Charte africaine est le premier traité régional et global sur les droits de l'enfant; sur les 53 États membres de l'ex-OUA, 54 l'ont ratifiée.

63. Art. 9: « Tout enfant a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. 2. Les parents et, le cas échéant, le tuteur légal, devront fournir conseils et orientations dans l'exercice de ces droits d'une façon et dans la mesure compatibles avec l'évolution des capacités et l'intérêt supérieur de l'enfant. 3. Les États parties à la présente Charte devront respecter l'obligation des parents et, le cas échéant, du tuteur, de fournir conseils et orientations dans la jouissance de ces droits, conformément aux lois et politiques nationales applicables en la matière. »

64. Art. 25(3) de la Charte.

65. Art. 18(4): « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. »

éducation conforme à leurs convictions personnelles. L'origine de cet angle d'approche siège dans la responsabilité première des parents dans l'éducation de leurs enfants, à laquelle vient se rattacher la transmission des valeurs morales et des croyances religieuses qui forment la base du développement identitaire de l'enfant. L'article 26(3) de la DUDH évoque à cet égard le droit des parents « par priorité de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants ». Une telle perspective est alimentée par la volonté de protéger les droits parentaux contre l'endoctrinement de l'État⁶⁶. L'accent est alors placé sur l'intérêt des parents à pouvoir influencer l'éducation religieuse de leurs enfants⁶⁷.

Ainsi, dans l'observation générale n° 22, le CDH pose les conditions de la conformité avec les libertés parentales des impératifs ou caractéristiques de l'éducation scolaire lorsque l'enseignement touche au domaine religieux : « le paragraphe 4 de l'article 18 permet d'enseigner des sujets tels que l'histoire générale des religions et des idées dans les établissements publics, à condition que cet enseignement soit dispensé de façon neutre et objective⁶⁸. La liberté des parents ou des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions, prévue au paragraphe 4 de l'article 18, est liée à la garantie de la liberté d'enseigner une religion ou une conviction proclamée au paragraphe 1 du même article. Le Comité note que l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec le paragraphe 4 de l'article 18, à moins qu'elle ne prévoient des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents et des tuteurs. »⁶⁹

Le Comité ne considère pas que la défense des droits parentaux impose à l'État de financer des écoles religieuses⁷⁰ ou un système alternatif d'instruction

66. Cf. G van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*: 159.

67. Cf. T Stahnke, 1999, "Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law", *BYU L Rev.* 251-353: 330.

68. On peut également évoquer l'interprétation du CDH dans l'affaire *E.J. Hartikainen c/Finlande*. Cf. Communication n° 40/1978, observations du 09/04/1981: l'obligation de suivre des cours d'histoire des religions et de morale pour des élèves exemptés de toute instruction religieuse et dont les parents sont athées n'est pas incompatible avec l'art. 18 dès lors que « ces cours sont dispensés de façon neutre et objective et ménagent les convictions des parents et des tuteurs qui ne sont adeptes d'aucune religion » (§ 10.4, 10.5). Cf. Observation générale n° 22, *op. cit.*, para 6.

69. *Ibid.*

70. *Waldman c/ Canada*: Communication n° 694/1996; Observations du 3/11/1999: seules les écoles catholiques bénéficiaient d'un financement intégral par l'État parmi les établissements non laïques.

dans les autres religions⁷¹ ; mais si l'État décide de le faire, il ne doit pas créer de discrimination entre les établissements concernés⁷².

Cette approche offre une perspective discutable de la liberté religieuse de l'enfant, voire de sa liberté de manifester sa religion, puisque le droit de l'enfant y est placé en accessoire des droits parentaux en matière d'éducation religieuse, l'enfant ne pouvant manifester sa religion qu'au travers de la volonté et des désirs parentaux. Cette position nie l'idée d'un droit spécifique et autonome que l'enfant peut revendiquer en tenant compte du caractère évolutif de ses capacités. Au contraire, la liberté religieuse de l'enfant sert de simple interface entre les droits parentaux et l'endoctrinement étatique. Sur ce point, on constate d'ailleurs que les observations les plus fréquentes du CDH portent sur l'enseignement dans les écoles publiques et sur le respect des droits parentaux.

Par voie de conséquence, dans le cadre scolaire, l'accent est placé sur l'exigence de neutralité et la présence de solutions alternatives ou de systèmes de dispense, dont le caractère suffisant est interprété à la lumière du principe de non-discrimination. Le test de l'article 18(4) permet notamment au Comité de demander des informations ou d'exprimer son inquiétude lorsqu'une permission étatique est posée comme condition préalable pour recevoir une instruction religieuse en dehors de l'école⁷³ ou qu'il y a obligation de déclarer la religion de l'enfant⁷⁴ ou celle des parents⁷⁵ afin d'être dispensés des cours de religion organisés dans les écoles publiques, ou encore lorsque la complexité du système de dispense partielle ne permet pas de compenser le déséquilibre créé par l'enseignement au profit d'une religion particulière⁷⁶.

71. S. Langlaude, *op. cit.* : 87.

72. Waldman *c/ Canada*, *op. cit.*

73. Rapport annuel à l'Assemblée générale, UN Doc A/35/40, 1980, para. 314.

74. Observations finales : Grèce, 25/04/2005, UN Doc CCPR/CO/83/GRC, para. 14 (pour une dispense des cours de religion organisés par les chrétiens orthodoxe dans les écoles publiques).

75. Compte rendu analytique de la première partie (publique) de la 1786^e séance : Norvège, UN Doc CCPR/C/SR.1786, para. 20

76. Par exemple : *Ben Leirvåg et autres. c. Norway*, Communication n° 1555/2003, Observations du 3/11/2004, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1155/2003 : « À cet égard, le Comité note que la matière en question combine l'enseignement de connaissances religieuses à la pratique de convictions religieuses particulières, c'est-à-dire à l'obligation d'apprendre des prières par cœur, de chanter des hymnes religieuses ou d'assister à des services religieux (para. 9.18). S'il est vrai qu'en pareil cas les parents peuvent demander une dispense de ces activités en cochant la case correspondante sur un formulaire, le système d'enseignement de la matière intitulée *Connaissance chrétienne et éducation religieuse et morale* ne garantit pas une séparation de l'enseignement de connaissances religieuses de la pratique religieuse propre à rendre cette dispense applicable dans la pratique. » (para. 14.6)

Le Comité demande également des informations sur la possibilité de ne pas suivre un cours obligatoire d'éducation religieuse et s'inquiète, dans ce cas, des effets de la pression du groupe sur les élèves dispensés qui peuvent se sentir marginalisés ou exclus⁷⁷.

Dans ses commentaires, le CDH ne distingue pas toujours clairement entre les droits parentaux et la liberté de l'enfant, notamment lorsqu'il condamne l'obligation d'éduquer les enfants dans la religion officielle⁷⁸. Une approche positive consiste cependant à voir dans l'article 18 la prise en compte de l'importance des aspects interrelationnels et du rôle des parents dans le développement de l'enfant⁷⁹.

La mise en valeur du droit de l'enfant à la liberté religieuse

Dans la CIDE, le rôle de guide attribué aux parents se substitue à celui de décideur⁸⁰. Dans une version antérieure de l'article 14⁸¹, le droit à l'éducation religieuse de l'enfant avait été formulé sous la forme d'un droit d'accès à l'éducation en conformité avec les vœux parentaux. Dans cette approche, rappelant celle de l'article 5(2) de la Déclaration de 1981, la protection des droits de l'enfant se présentait donc sous un angle accessoire par rapport aux désirs des parents alors privilégiés au détriment de la liberté de choix de l'enfant. Au-delà de la convergence avec les instruments internationaux, les rédacteurs de la CIDE ont préféré faire le choix d'une approche ouverte et équilibrée de la liberté religieuse de l'enfant.

77. Compte rendu analytique de la 160^e séance, 08/07/2002, CCPR/C/SR.1936: Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, para. 50.

78. Observations finales: Norvège, 04/11/1993, UN Doc. CCPR/C/79/Add.27, para. 10: «Le Comité souligne que l'article 2 de la Constitution, qui dispose que les personnes professant la religion évangélique luthérienne doivent élever leurs enfants dans cette religion, est en contradiction manifeste avec l'article 18 du Pacte.» Cf. Norvège, 01/11/1999, UN Doc. CCPR/C/79/Add.112, para. 13; 21/04/2006, UN Doc. CCPR/C/NOR/CO/5, para. 15.

79. S. Langlaude, *op. cit.*: 91 – “The right of the child to religious freedom is the right of every child to be unhindered in their growth as an independent autonomous actor in the matrix of parents, religious community and society.” *Contra*: A. Lopatka, 1996, “Appropriate Direction and Guidance in the exercise by the child of the Rights to freedom of Expression, Thought, Conscience and Religion”, in E. Verhellen (dir), *Monitoring Children's Rights*: 287-292, 289 (le PIDCP ne concerne pas l'enfant puisque la décision de sa religion revient aux parents).

80. Art. 14(2): «le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.»

81. UN Doc. E/CN.4.1983/62, 1983, para. 57. Cf. S Detrick, *op. cit.*: 240.

Sous cet angle tempéré, la notion de droits parentaux, renvoyant aux prérogatives parentales, est complétée par une reconnaissance expresse des devoirs parentaux à l'article 14(2). En particulier, la fonction de guide est confortée par le rôle de conseil attribué de manière générale aux parents afin de favoriser le développement de l'enfant et accompagner l'apprentissage de ses droits⁸². Cette combinaison du concept de droit et de l'idée de fonction élargit la conception des besoins et des intérêts de l'enfant et facilite l'évaluation des situations d'abus de droit. Si les convictions religieuses des parents restent toutefois protégées de « l'embrigadement idéologique dirigé contre leurs enfants »⁸³, la priorité formelle n'est plus donnée à la protection des droits parentaux⁸⁴.

Il aurait été possible de placer la liberté de choix de l'enfant sur un strict pied d'égalité avec les droits parentaux, comme cela avait été proposé lors des travaux préparatoires dans le cadre d'un quatrième paragraphe ajouté à l'article 14. Toutefois, sous l'impulsion du mouvement d'affirmation des droits des groupes minoritaires, la position s'est inversée et les droits parentaux ont été requalifiés en élément accessoire des droits de l'enfant. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁵ contribue néanmoins à faire émerger un point d'équilibre entre les droits parentaux et la liberté de l'enfant au nom des exigences liées à la prise en compte des aptitudes évolutives de ce dernier et au développement de sa capacité de jugement critique et de décision conforme à ses intérêts. Le droit de l'enfant à l'instruction religieuse à l'école est alors protégé indifféremment par l'article 14 ou l'article 29⁸⁶.

Derrière cet équilibre, on trouve en substance l'idée d'un apprentissage des relations sociales, que cela se fasse par le biais de signifiants culturels ou par la transmission de schémas intellectuels⁸⁷. À cet égard, même dans le sens

82. Cf. Art. 5 CIDE.

83. K. Kouassi, 1983, « L'enfant et l'embrigadement idéologique », in M. Torrelli (dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice, Paris, PUF : 153.

84. Cf. Art. 18-4 PIDCP.

85. Art. 3(1) : « 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. »

86. Observations finales : Italie, 18/03/2003, UN Doc. CRC/C/15/Add.198, para. 29.

87. Le professeur Pascale Boucaud propose une illustration de ce constat dans son ouvrage relatif à la protection de l'enfant ; elle place en effet la question du droit à l'instruction sous l'étendard des « relations sociales et de la vie en société de l'enfant » (P. Boucaud, 1989, *Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant – L'opportunité d'une convention européenne des droits de l'enfant*, Dossier sur les droits de l'homme n° 10, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe : 26).

strict où l'éducation de l'enfant incombe en priorité aux parents⁸⁸, la définition large que la Conférence générale de l'UNESCO proposait en 1974 illustre parfaitement les points de concordance entre la prise en compte des interrelations de l'environnement familial ou communautaire de l'enfant et la garantie d'un droit autonome : « le mot "éducation" désigne le processus global de la société par lequel les personnes et les groupes sociaux apprennent à assurer consciemment, à l'intérieur de la communauté nationale et internationale et au bénéfice de celle-ci, le développement intégral de leur personnalité, de leurs capacités, de leurs attitudes, de leurs aptitudes et de leur savoir. Ce processus ne se limite pas à des actions spécifiques. »⁸⁹

Le développement de la personnalité de l'enfant pose ici la question de son autonomie réelle de décision dans le domaine de la religion et, par voie de conséquence, de sa liberté de changer de religion et celle de l'âge à partir duquel les aptitudes de l'enfant en matière religieuse se dessinent clairement. Ce dernier point renvoie notamment à la question d'une majorité religieuse de l'enfant⁹⁰. De même, un rapprochement est possible avec la nécessité de protéger l'enfant contre lui-même, notamment dans les cas particuliers d'embrigadement par des tiers, et, dans une perspective classique, avec celle de garantir ses intérêts lorsqu'il est incapable d'y contribuer sans l'aide de ses parents⁹¹.

Cette dichotomie entre le droit de l'enfant et la liberté religieuse des parents renvoie à la problématique du choix du premier lorsqu'il diffère

88. CourEDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 octobre 2007, req. n° 1448/04, § 50 (sur la question d'une possible conciliation entre le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques et l'obligation pour leur enfant de suivre le cours de « culture religieuse et connaissance morale » à partir de la quatrième année du cycle primaire). Le droit des parents au respect de leurs convictions est étroitement lié à l'exercice de leurs responsabilités dans le domaine éducatif. Un système de dispense qui les oblige à dévoiler leurs convictions, et qui se cantonne à certaines convictions religieuses, viole la seconde phrase de l'art. 2 du Protocole n° 1.

89. Recommandation sur l'éducation pour la compréhension, la coopération et la paix internationales et l'éducation relative aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 novembre 1974, 18^e session, Art. I, a).

90. Notamment J. Hauser, 2000, « Exercice religieux de l'enfant : divergence des parents et liberté individuelle », *RTD Civ.* : 558 ; 2008, « Religion de l'enfant : cacophonie chez les juges du fond », *RTD Civ.* : 472. Au contraire, J. Carbonnier suggère de faire de la religion de l'enfant un élément de l'état des personnes afin d'en garantir l'immutabilité pendant sa minorité. Cette idée a très tôt été rejetée par les juges au motif que le principe de laïcité exclut qu'un effet juridique puisse être attaché à la religion : CA Paris, 31 janvier 1963, JCP 1963, II, 13236, note R.P. ; Cass Civ 1^{re}, 7 avril 1965, D. 1965, Jur. : 704-705, note J. Carbonnier (TGI décision de la mineure de Versailles, 1962).

91. Cf. J. Rubellin-Devichi, 1995, « La légitimité des aspirations de l'enfant », *Petites affiches*, 3 mai 1995, n° 53 : 150.

de celui des seconds ou qu'il implique des pratiques religieuses qui mettent la vie ou la santé, voire l'intégrité de l'enfant en danger. Ainsi, la protection de la santé publique peut imposer que soit pratiquée une transfusion sanguine pour sauver la vie d'un enfant; il peut en aller de même dans le cadre de campagnes de vaccination obligatoire qui vont à l'encontre de ses convictions religieuses.

Une reconnaissance limitée de la liberté religieuse de l'enfant

Il s'agit de mettre ici l'accent sur les carences de la protection offerte par les textes internationaux et leurs conséquences en termes d'effectivité et de portée juridique. Ce constat en demi-teinte, induit par la reconnaissance problématique d'une dimension religieuse propre à l'enfant, invite à trouver les fondements d'une interprétation utile et d'une protection complète et concrète des droits de l'enfant dans ce domaine.

Une portée juridique incertaine

Les dispositions pertinentes pour la protection de la liberté religieuse de l'enfant ne sont pas toutes d'invocabilité directe en droit interne. Il semble à cet égard que les dispositions à vocation générale soient accueillies avec plus de chaleur par les juridictions nationales que les dispositions de la CIDE. Ainsi, un caractère auto-exécutoire a notamment été reconnu par les juridictions françaises à plusieurs dispositions du PIDCP, dont l'article 18⁹². En principe, ces dispositions peuvent être invoquées directement devant le juge français, y compris à l'encontre des dispositions législatives en vertu de l'article 55 de la Constitution. Leur application aux litiges nationaux est toutefois confrontée au problème de la capacité d'action et de recours de l'enfant en droit interne et de la faiblesse de l'influence du Pacte à l'égard des droits de l'enfant et de la jurisprudence au niveau interne.

Par ailleurs, une lecture approfondie de la CIDE révèle un paysage normatif aux contours variables. Les termes utilisés – « reconnaître », « s'engager »,

92. CE, 3 février 1995, *Godart*, n° 120407. Cf. J.-F. Flauss, 2000, « Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques devant le juge administratif », *Petites affiches*, n° 104 : 31-38; S. Guinchard, 2000, « L'application du Pacte international par le juge judiciaire », *Petites affiches*, n° 104 : 23-30.

«respecter», «assurer» – sont déterminants des potentialités normatives des dispositions concernées et, par voie de conséquence, de leur réception dans les États en tant que dispositions juridiquement obligatoires⁹³. Cependant, bien que l'article 14 appartienne normalement à cette catégorie de dispositions à fort pouvoir de contrainte, sa portée directe ne va pas de soi dans le contexte français⁹⁴. Au contraire, les termes «respectent» ou «s'engagent» renvoient, selon le juge administratif, aux seules obligations entre États.

En outre, d'autres dispositions, telles que l'article 3, ne bénéficient pas d'un degré suffisant de précision qui écarterait tout danger d'une interprétation contingente obéissant à une lecture locale ou culturelle des droits protégés⁹⁵.

Carences et ambiguïtés rédactionnelles

La généralité des dispositions de référence ne permet pas toujours de tenir compte de ce qui différencie l'enfant et contribue à vider de son sens l'idée d'égalité. Ce constat se vérifie d'une certaine manière sur le terrain spécifique de la CIDE. En effet, la reconnaissance d'une liberté religieuse propre à l'enfant n'est pas dictée de manière non équivoque par les dispositions de la Convention. La reconnaissance d'un droit autonome de l'enfant à la liberté religieuse souffre en effet des imprécisions de ce texte et de la difficulté d'obtenir un consensus sur la reconnaissance de droits civils et politiques de l'enfant qui puissent être exercés sans intervention parentale, voire à l'encontre des parents. À cet égard, les contours redessinés du rôle parental à l'article 5 peuvent être relativisés dans la mesure où la formulation de cette disposition semble laisser une place importante, voire déterminante, aux parents dans l'appréciation de la capacité de l'enfant⁹⁶. Ces imprécisions autorisent plusieurs interprétations possibles, qui vont de la seule protection contre l'endoctrinement étatique à une approche positive centrée sur le rôle limité des parents impliquant de prendre en compte

93. M. Bossuyt, 1990, «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», *RUDH*: 143.

94. CE, 3 juill 1996, *Paturel*, n° 140872, *JCP* 1996, éd. G, IV, 2279, obs. Rouault; Dr. adm. octobre 1996, n° 492: 22-23 – décret prévoyant la possibilité pour les centres hospitaliers de saisir le Ministère public afin d'obtenir une mesure d'assistance éducative – recours pour excès de pouvoir du père opposé aux transfusions sanguines sur la base des art. 12 et 14(1).

95. S. Detrick, *op. cit.*: 1192; U. Kil Kelly, 2009, "The Child's Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning", in M. A. Fineman et K. Worthington, *What is right for children?: the competing paradigms of religion and human rights*, London, Ashgate Publishing Ltd.: 245.

96. U. Kil Kelly, *op. cit.*: 246.

l'opinion de l'enfant⁹⁷. Bien que ces imprécisions puissent rendre problématique la résolution des conflits entre la liberté de l'enfant et les droits parentaux, l'impact de ceux-là est à nuancer dans la mesure où l'enfant partage le plus souvent les convictions de ses parents. Il s'agit alors à protéger les croyances familiales et la vie privée des parents.

Sur le thème d'une protection plaquée sur la situation de l'enfant, on constate que les restrictions aux droits de l'enfant en matière de liberté religieuse reproduisent la formulation des clauses générales sans s'attacher aux spécificités de l'enfance, en particulier aux nécessités liées aux responsabilités parentales ou aux questions de capacité de l'enfant. La configuration choisie ne renvoie pas à un cadre rédactionnel propre aux droits de l'enfant. On peut également regretter que la CIDE ne contienne aucune disposition relative au respect de la liberté religieuse des détenus mineurs et qu'elle n'aborde la pratique religieuse qu'au regard des limitations qui peuvent lui être apportées. Sur ce dernier point, le droit de l'enfant en matière de pratique religieuse n'est expressément reconnu qu'à l'article 30 dans le cadre des droits accordés aux membres des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. Formulé de manière négative, ce droit ne concerne toutefois pas les pratiques individuelles.

Les imprécisions de la CIDE ont également créé l'espace pour d'importantes réserves et déclarations interprétatives. En particulier, certains États ont puisé les raisons de restrictions interprétatives ou de réserves dans l'existence d'une religion d'État⁹⁸, la contradiction entre la liberté de choisir sa religion et la *Shari'a* islamique⁹⁹ ou encore le risque de porter atteinte aux droits des parents dans ce domaine¹⁰⁰.

97. Notamment UNICEF, 2002a: 198; lignes directrices concernant la procédure de rapports (art. 1), UN Doc CRC/C/58: le Comité demande aux États des informations sur l'âge auquel l'enfant peut choisir sa religion (1996). Sur ce dernier point, on peut évoquer l'existence d'une majorité religieuse en Allemagne: 14 ans (Gestez über die religiöse Kinderziehung, 15 juil. 1921, RGBL S. 939) et en Suisse: 16 ans (art. 303 Code civil). Cf. A. Lopatka, 1996, "Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, Thought, Conscience and Religion", in E Verhellen (dir), *Monitoring Children's rights*, Kluwer Law International: 292. Se réfère à la loi polonaise sur le système éducatif, 07/09/91 (obligation dans les écoles secondaires d'introduire un cours de religion soit à la demande des parents soit à la demande des élèves eux-mêmes à partir de 15 ans).

98. Par ex.: Algérie, Maroc et Maldives.

99. Par ex.: Jordanie et Irak.

100. Par ex.: Pologne (interprétation de l'art. 14 de sorte à garantir le respect de « la puissance parentale » dans la réalisation des droits de l'enfant ou, pour le Saint Siège, « de manière à sauvegarder les droits primordiaux et inaliénables des parents en ce qui concerne en particulier l'éducation (art. 13 et 28), la religion (art. 14), l'association avec autrui (art. 15) et la vie privée (art. 16) ». Cf. L. J. LeBlanc, 1995, *The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press.

En parallèle, la marge de variabilité sous-tendue par la généralité des termes a permis à d'autres États de prendre le parti d'une interprétation extensive de l'article 14 fondée sur la liberté de choix de l'enfant. Ainsi les Pays-Bas considèrent-ils que l'article 14 doit être compris comme incluant «la liberté de l'enfant d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix dès qu'il a atteint une maturité ou un âge suffisants pour être en mesure de le faire»; la Belgique a quant à elle déclaré que le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion devait être interprété comme impliquant également «la liberté de choisir sa religion ou sa conviction», conformément aux dispositions pertinentes de l'article 18 du PIDCP et de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette logique, l'Allemagne fixe à 10 ans l'âge à partir duquel l'enfant doit être entendu avant tout changement de confession; et à 12 ans, l'âge à partir duquel il ne peut plus être forcé à recevoir une instruction religieuse dans une autre confession que la sienne contre sa volonté.

Dans la mesure où l'article 14, modelé par la dynamique du compromis, ne mentionne pas la liberté de choix¹⁰¹, celle-ci peut parfaitement être ignorée, de même qu'elle peut être considérée comme implicitement protégée. Cette dernière approche interprétative semble étayée par les déclarations des Pays-Bas et de la Belgique, de même que par l'opposition précédemment évoquée des États musulmans qui peut être perçue comme l'indice d'un sens potentiellement favorable à la liberté de choix de l'enfant.

Au-delà des limites tenant à la formulation de la liberté religieuse de l'enfant, celle-ci peut être protégée sous l'angle du principe de non-discrimination qui s'attache, pour la première fois, à protéger le for intérieur de l'enfant¹⁰², de même que sous celui du droit au respect de l'identité de l'enfant (art. 8), ou encore de la liberté d'expression (art. 13) qui s'étend à la sphère religieuse¹⁰³, du droit de l'enfant à l'information (art. 17) appliqué aux informations en rapport avec la religion ainsi que sous celui de la protection de la vie privée de l'enfant dans les cas où la religion doit être mentionnée dans les documents

101. Contrairement aux versions antérieures proposées par les états scandinaves et le Canada offrant un angle d'approche similaire à celui du PIDCP.

102. Art. 2 CIDE (motifs de discrimination fondés sur la religion de l'enfant). Cf. B. Abramson, 2008, *Article 2: the right of non-discrimination A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill.

103. Travaux préparatoires: *Working group* de 1989 (UN Doc E/CN.4/1989/48, para. 284). Cf. S. Detrick (dir.), *op. cit.*: 247.

officiels tels que les diplômes du secondaire¹⁰⁴. L'approche n'est donc pas cantonnée aux mesures de protection, contrairement au PIDCP.

De manière globale, le travail du Comité n'a pas permis de fournir des orientations précises et détaillées dans une mesure qui aurait contribué à ôter toute ambiguïté aux dispositions concernées. Il s'appuie le plus souvent sur des motivations générales ou se contente d'exprimer une inquiétude dans des termes généraux.

Les outils d'une interprétation utile des droits de l'enfant en rapport avec la liberté de religion

Au-delà des débats sur la portée juridique contraignante des instruments internationaux en rapport avec les droits de l'enfant, il importe de se poser la question plus générale de leur rayonnement concret comme source d'inspiration directe ou indirecte. Sur ce point, une utilisation synergique des instruments de la sorte qu'elle ressort notamment de la pratique du Comité des droits de l'enfant peut fournir les éléments d'une protection effective du droit de l'enfant à la liberté de religion. Le Comité se réfère ainsi à la fois à des instruments contraignants et non contraignants¹⁰⁵, mais également aux conclusions d'autres organes des Nations unies¹⁰⁶ qui lui fournissent les éléments d'une motivation plus détaillée¹⁰⁷ contrairement aux imprécisions classiques.

La généralité de la protection n'empêche donc pas d'offrir une protection étendue à la liberté religieuse de l'enfant dès lors qu'on a recours aux outils interprétatifs appropriés. Sous cet angle d'approche, bien que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne présente pas de développements spécifiques sur la question de la liberté religieuse de l'enfant, la

104. Observations finales : Grèce, 07/02/2002, UN Doc CRC/C/15/Add.170, para. 44-45 (obligation de préciser sur le diplôme de fin d'études secondaires, lorsque c'est le cas, que l'élève ne pratique pas la religion grecque orthodoxe) : l'État doit s'assurer « que l'appartenance ou la non-appartenance d'un enfant à une confession n'entrave en rien le respect de ses droits, y compris ses droits à la non-discrimination et au respect de sa vie privée, par exemple dans le contexte des informations figurant sur les diplômes ».

105. Observations finales : Iran (*op. cit.*), para. 35-36 : référence combinée à la Déclaration de 1981 et à la résolution 2000/33 de la Commission des droits de l'homme.

106. *Ibid.* : le Comité des droits de l'enfant appuie son raisonnement sur l'Observation générale n° 22 du CDH, les conclusions du CDH (CCPR/C/79/Add.25) et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (E/C.12/1993/7) ainsi que sur les recommandations du rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse après sa visite en Iran.

107. En particulier, les recommandations du rapporteur spécial.

dynamique interprétative appliquée à la question générale du droit de l'enfant à la protection¹⁰⁸ offre une grille de lecture qu'il serait utile d'appliquer au droit de l'enfant à la protection de sa liberté religieuse. La Cour insiste en particulier sur le caractère nécessairement évolutif et dynamique de l'interprétation des mesures de protection requises en faveur de l'enfant¹⁰⁹. Il en ressort que bien que la liberté religieuse soit protégée de manière générale, une approche palliative peut être extraite de l'environnement normatif pertinent¹¹⁰.

Portée par le choix d'une approche compréhensive, la Cour met ainsi l'accent sur l'idée d'un fond commun de protection des droits de l'enfant qui l'amène à interpréter l'article 19 de la Convention à la lumière des dispositions de la CIDE. Cette approche a notamment incité certains juges à formuler, dans leurs opinions dissidentes, des interprétations dynamiques du droit à l'identité de l'enfant¹¹¹. Ce dernier¹¹² devrait, selon eux, garantir l'ensemble des éléments qui définissent l'individualité de l'enfant et le protègent dans ses relations avec autrui. Il pourrait, par voie de conséquence, se dégager de l'article 12 de la CADH sur la liberté de conscience ou de religion¹¹³ associé à l'article 1(1) de la CADH (obligation de respecter les droits sans discrimination)¹¹⁴. En combinant ces articles avec l'article 3 sur le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, à la lumière de la CIDE, une telle approche générale permettrait d'insister sur l'importance de la personnalité et de la capacité juridiques de l'enfant en tant que sujet de droit¹¹⁵ en rapport avec la religion.

108. Article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

109. M. F. Tinta, 2008, *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers: 27 et s.

110. Par ex.: CourlADH, Advisory opinion OC-17/2002, 28/08/2002, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Series A (références entre autres aux conclusions du Comité des droits de l'enfant, à la jurisprudence européenne et à l'Observation générale n° 17 du CDH sur les droits de l'enfant).

111. En particulier, le Juge Cançado Trindade in CourlADH, *Serrano Cruz Sisters vs. El Salvador*, 1/3/2005, para. 13-19. Cf. Juge Ventura Robles, *ibid.*, para. 137-138. Cf. M. F. Tinta, *op. cit.*: 196-200.

112. Assemblée générale des Nations unies, Résolution n° 58/157, 22/12/2003, sur les droits de l'enfant: invite les États à «s'engager à respecter le droit qu'a l'enfant de préserver son identité».

113. Cette disposition garantit la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances, ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances.

114. Cf. Opinion dissidente du juge Cançado Trindade in *Serrano Cruz Sisters*, *op. cit.*, para. 20-22.

115. CourlADH, Advisory opinion n° 17, *op. cit.*, para. 28: art. 19 of the American Convention required a dynamic interpretation "that responds to the new circumstances in which it will be projected and one that addressed the needs of the child as a true legal person, and not just as an object of protection". Cf. Opinion concordante du Juge A. A. Cançado Trindade: "we may, thus, visualize a true right to the law (*derecho al Derecho*), that is the right to a legal order (at domestic as well as international levels) which effectively protects the rights inherent to the human person." Cf. A. A. Cançado Trindade, 2002, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris éd.: 521-524. Cf. M. F. Tinta, *op. cit.*: 37.

La Cour a également été invitée à préciser le sens du principe d'égalité¹¹⁶ à l'égard des enfants et à apprécier les implications du traitement différencié au regard de leur égale dignité¹¹⁷. Elle a ainsi estimé dans son avis consultatif n° 17 (2002) que tout traitement différencié au regard de la liberté religieuse devra être suffisamment et objectivement justifié¹¹⁸ au regard des besoins de l'enfant et de la nécessité de le préparer au plein exercice de ses droits¹¹⁹.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut ici servir d'instrument de mesure de la distance raisonnablement proportionnelle entre le droit de l'enfant à sa liberté religieuse et les restrictions apportées. Ces dernières ne peuvent tendre à la seule satisfaction des intérêts personnels des parents ou de la Communauté religieuse. Dans le cadre d'une combinaison d'intérêts, un équilibre doit être recherché entre les intérêts parentaux ou l'intérêt général et les intérêts de l'enfant en termes de développement harmonieux et de droit autonome à la liberté religieuse.

Dans la mesure où la généralité et le flou des dispositions pertinentes des textes internationaux peuvent néanmoins favoriser une protection *a minima* des droits de l'enfant et un déplacement du centre de gravité vers les droits parentaux et le principe de laïcité, certains auteurs ont suggéré une réforme de l'article 14 CIDE ou encore l'élaboration d'un nouveau protocole sur la participation de l'enfant au regard de la protection de ses droits civils¹²⁰. Un tel protocole intégrerait des dispositions détaillées et précises sur la liberté religieuse de l'enfant.

À terme, la définition de lignes directrices suffisamment détaillées au niveau international, au travers notamment de la rédaction par le Comité des droits de l'enfant d'une observation générale¹²¹ sur le thème de la liberté religieuse de l'enfant, constituerait une voie médiane plus aisée à obtenir qu'une réforme dans le domaine des droits civils de l'enfant. Elles conjugueraient l'expérience et l'impact des instruments à vocation générale avec une définition de la liberté religieuse de l'enfant qui ne soit plus seulement plaquée sur la situation de l'enfant à partir de formulations générales, mais apte à

116. À partir des art. 1(1) et 24 (égalité devant la loi) de la CADH. Cf. CDH, Observation générale n° 17, Droits de l'enfant (art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, para. 2 : « en tant qu'individus, les enfants jouissent de tous les droits civils énoncés dans le Pacte. »

117. CourlADH, Advisory opinion n° 17 (2002), *op. cit.*, para. 56.

118. *Ibid.*, para. 55. Cf. CourlADH, Advisory opinion OC-4/84, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, 19/01/1984, para. 57.

119. *Ibid.*, para. 53 et Opinion n° 3 : 79. Cf. CDH, Observation générale n° 17, *op. cit.* : 2.

120. U. Kilkelly, *op. cit.* : 268.

121. *Ibid.*

orienter l'interprétation des organes et des juges nationaux ou internationaux en respectant sa qualité de sujet de droit. Plus particulièrement, une reconnaissance non ambiguë d'un droit autonome de l'enfant à la liberté religieuse impliquerait de mettre l'accent sur son droit de l'enfant à être protégé contre toute discrimination fondée sur des motifs religieux ou de genre et de faire clairement le lien entre son droit à exprimer librement son opinion et à être écouté, eu égard à son âge et à son degré de maturité, et sa liberté religieuse, celle-ci étant explicitement évoquée. Une telle approche impliquerait également de fournir quelques indications sur la manière de résoudre les conflits entre les droits parentaux et ceux de l'enfant en rappelant la place de ce dernier en tant que sujet premier du droit à la liberté religieuse et détenteur du droit de l'exercer¹²². La capacité d'exercice serait alors perçue comme une question subsidiaire qui découle des spécificités de l'enfance et ne doit pas contribuer à vider de sens la reconnaissance de la qualité de sujet de droit.

.....
122. *Ibid.*

Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme

Gérard Gonzalez
professeur à l'université de Montpellier 1
IDEDH (EA 3976)

La Convention ne fait expressément mention de l'enfant qu'une seule fois¹. S'appuyant sur d'autres sources internationales, notamment la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, la Cour européenne fait aujourd'hui couramment référence à l'intérêt de l'enfant, voire à son intérêt supérieur, chaque fois que son bien-être est directement ou indirectement l'enjeu de la garantie d'un droit protégé par la Convention.

Sur le plan procédural, la Convention EDH est un terrain propice à la préservation des droits des mineurs. Elle n'impose pas de conditions de capacité aux requérants, le droit de recours individuel étant ouvert à « toute personne » (article 34), de sorte qu'un enfant mineur peut très bien la saisir pour son compte. Il arrive que le(s) parent(s) agisse(nt) pour le compte de leur enfant mineur sans que celui-ci soit lui-même requérant². Plus souvent, les parents sont aux côtés de leur(s) enfant(s) pour soutenir une revendication qui est aussi la leur. Tel est le cas dans certains contentieux relatifs à la vie familiale³, à la vie privée⁴

1. L'article 5 du protocole n° 7 prévoit en effet que l'égalité de droits et de responsabilités des époux s'exerce « dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » mais que les États ne sont pas empêchés pour autant « de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant »

2. C'est malheureusement le cas lorsqu'il a été attenté au droit à la vie du mineur : CEDH, 27 juillet 1998, *Gülec c. Turquie*. Cette situation se rencontre aussi en cas de mauvais traitements collectifs (CEDH, 3 mai 2007, *97 membres de la congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani*), voire individuels (CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans* – châtiments corporels dans les écoles).

3. Par ex. CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande* sur les conséquences de l'absence de droit au divorce en Irlande (requête introduite par Mme Johnston et sa fille âgée de 7 ans au moment de l'introduction de la requête).

4. Par ex. CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. R-U* (prélèvements ADN, S. est âgé de 15 ans au moment du dépôt de sa requête).

ou à de mauvais traitements⁵. D'autres fois, le mineur agit seul, notamment lorsqu'il fait l'objet d'une condamnation pénale⁶. Enfin, certaines affaires sont introduites par un individu majeur au moment de sa requête relativement à des faits survenus durant sa minorité⁷. Les mêmes situations se retrouvent dans les contentieux qui mettent en cause les convictions religieuses du mineur. Parce qu'elle est une liberté de l'esprit, la liberté de religion ne peut être refusée à l'enfant. Cependant, ici aussi, le filtre de l'autorité parentale joue un rôle important et la difficulté de concilier l'exigence de liberté et le droit de regard, voire de direction, des parents trouve son parfait accomplissement notamment dans les contentieux mettant en cause le droit à l'instruction. La mise en cause des convictions religieuses du mineur, avérées ou en voie de construction, peut être directe lorsque le mineur est confronté à des doctrines s'écartant radicalement des convictions véhiculées dans le cercle familial ou lorsqu'il entend manifester ses propres convictions; indirecte lorsque le statut du mineur est en jeu dans le cadre d'un différend souvent familial; à la fois directe et indirecte lorsque l'appartenance d'un ou des parents à un groupement religieux pose la question de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

Dans la jurisprudence européenne, deux domaines sont propices à la mise en jeu des convictions religieuses de l'enfant: l'école et le cercle familial. En milieu scolaire, la jurisprudence européenne a développé les instruments d'une protection spécifique des convictions religieuses de l'enfant. Quant à son intérêt supérieur, il devient un critère central dans le contrôle par la Cour de toute ingérence dans les droits de tiers en relation avec lui (familiale, d'autorité) et mettant en cause leur propre liberté de religion.

5. Par ex. CEDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. R-U* (châtiments corporels à l'école dont la conventionnalité est contestée par une mère et son fils âgé de 7 ans).

6. Par ex. CEDH, Gr. Ch., 16 décembre 1999, *V. c. R-U* et *T. c. R-U* (enfants de 12 ans reconnus coupables de meurtre).

7. Par ex. CEDH, 20 octobre 2009, *Yunus Aktaş et a. c. Turquie*; CEDH, 21 septembre 2010, *Üzer c. Turquie* (mauvais traitements en garde à vue sur deux mineurs dont l'un n'a pas atteint sa majorité au moment du dépôt de la requête).

La protection spécifique des mineurs dans le milieu scolaire

Si la Cour européenne est très stricte quant au degré d'objectivité de l'instruction reçue par les enfants en milieu scolaire, elle se montre en revanche beaucoup plus compréhensive à l'égard des ingérences étatiques dans la liberté des mineurs de manifester leurs convictions religieuses dans cette même enceinte scolaire.

La garantie sourcilleuse du droit des mineurs de recevoir une instruction objective, critique et pluraliste

L'article 2 du premier Protocole à la Convention garantit que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » et que « l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Dans l'arrêt *Kjeldsen*⁸, la Cour souligne que les parents s'acquittent « d'un devoir naturel envers leurs enfants, dont il leur incombe en priorité d'assurer [l']éducation et [l']enseignement » en vertu duquel ils « peuvent exiger de l'État le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques » (§52). Selon elle, « la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) implique [...] que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui 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 ». Cette obligation positive « lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser » (§53). De fait, le contentieux de l'article 2P1 est surtout nourri par des parents offusqués de l'orientation de certains enseignements prodigués selon eux de manière prosélytique par l'État instructeur qui faillit ainsi à son obligation de neutralité⁹. L'enfant n'est pas pour autant exclu de ces contentieux car « il faut lire les deux phrases de l'article 2 (P1-2) à la lumière non seulement l'une de l'autre, mais aussi, notamment, des articles 8 (vie privée et familiale), 9 (liberté de

8. CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen*, GACEDH n° 56.

9. CEDH, *Kjeldsen* préc.; CEDH, décision du 17 juin 2004, *Abdullah Ciftçi c. Turquie*; CEDH, déc. 6 oct. 2009, *Appel-Irrgang c. Allemagne*; CEDH, 3 nov. 2009, *Lautsi c. Italie*.

religion) et 10 (liberté d'expression)» qui protègent «toute personne, y compris les parents et les enfants» (§52). Ainsi, bien que la deuxième phrase vise expressément les seuls parents, puisque ce texte comme la Convention, doivent être lus comme un tout, le mineur peut se prétendre aussi victime à leurs côtés¹⁰. Il pourrait aussi entreprendre cette démarche seul mais ce cas ne s'est encore jamais présenté¹¹. Deux situations se présentent dans le contentieux du contenu des programmes éducatifs.

La question des enseignements relatifs à la vie sexuelle

La jurisprudence fournit deux exemples de parents ayant contesté les programmes scolaires incluant des cours d'éducation sexuelle dans les écoles primaires¹². Les requêtes sont fondées sur le refus de parents de laisser leurs enfants assister à ces cours obligatoires et leur souhait contrarié de les en faire dispenser en avançant leurs convictions religieuses. La Cour ne leur donne pas satisfaction. L'objectif de fournir «de bonne heure aux enfants des éclaircissements qu'il estime utiles, essaie de les alerter contre des phénomènes inquiétants à ses yeux, par exemple la fréquence excessive des naissances hors mariage, des avortements provoqués et des maladies vénériennes» est légitime et ces «considérations d'ordre moral [...] revêtent un caractère très général et n'entraînent pas un dépassement des bornes de ce qu'un État démocratique peut concevoir comme l'intérêt public» (*Kjeldsen*, §54). La Cour n'identifie aucune «tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé» dans la législation en cause qui «ne s'attache pas à exalter le sexe, ni à inciter les élèves à se livrer précocement à des pratiques dangereuses pour leur équilibre, leur santé ou leur avenir ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents». Enfin, les parents ont tout loisir d'inscrire leurs enfants dans des écoles privées s'ils sont en désaccord avec les enseignements prodigués. Quinze années plus tard, la Cour reprendra ce même raisonnement pour déclarer irrecevable une requête similaire contre l'Espagne (affaire *Jimenez Alonso*). Par ailleurs, les parents qui appartiennent à une communauté religieuse strictement attachée aux préceptes bibliques et qui souhaitent donner à leurs deux enfants une instruction à domicile pour

10. CEDH, déc. 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne*; CEDH, Gr. Ch., 29 juin 2007, *Folgero et a. c. Norvège*; CEDH, 9 oct. 2007, *Zengin c. Turquie*.

11. Les contentieux relatifs au port des signes religieux à l'école sont bien initiés par les élèves seuls mais sur le fondement de la première phrase (nul ne peut être privé du droit à l'instruction) compte tenu du fait que la sanction prononcée est l'exclusion définitive (voir ci-dessous).

12. Affaires *Kjeldsen* et *Jimenez Alonso* précités.

les tenir éloignés d'un monde qu'ils voient comme rempli de violence et de sexe, contestent le refus qui leur a été opposé au motif qu'une telle éducation risquait non seulement d'être défailante mais aussi privait l'enfant d'une première expérience de la vie en société. La Cour européenne a rejeté cette requête comme manifestement mal fondée, consacrant ainsi une très grande marge d'appréciation des États dans ce domaine qui ne fait pas l'objet d'un consensus au niveau européen¹³. Les enfants, âgés de 9 et 10 ans, étant aussi requérants avec leurs parents, la Cour en déduit qu'on ne peut conclure que les parents essaient « d'imposer leurs convictions religieuses à l'encontre de la volonté de leurs enfants ». Mais c'est pour souligner aussitôt que, comme l'ont jugé les juridictions nationales, les enfants requérants étaient, « compte tenu de leur jeune âge », incapables de prévoir les conséquences de la décision de leurs parents de les éduquer à domicile. La Cour, jugeant qu'il serait très difficile de considérer que des enfants aussi jeunes puissent « prendre des décisions autonomes », ne prend en compte, dans son contrôle de l'équilibre entre les droits énoncés dans les deux phrases, que la volonté des parents dont la contestation est jugée manifestement mal fondée au vu des intérêts en jeu. Cette affaire éclaire indirectement la question de la majorité religieuse qui n'a jamais été abordée spécifiquement par la Cour et démontre que les convictions des enfants ne sont pas sérieusement prises en compte lorsque leur immaturité est, comme ici, flagrante.

La question des enseignements de religion ou d'éthique

Si la seconde phrase de l'article 2P1 n'interdit pas à l'État « de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique », en revanche, le contenu de tels enseignements doit être diffusé « de manière objective, critique et pluraliste » et sans poursuivre « un but d'endoctrinement »¹⁴.

Ces principes s'appliquent aux cours de morale non confessionnelle¹⁵ ou d'éthique organisés par certains États. Dans l'affaire *Appel-Irrgang*, les parents et leur fille (âgée de 14 ans) contestaient l'impossibilité d'obtenir une dispense globale des cours d'éthique au motif que ces cours véhiculeraient un discours « anticlérical et antireligieux ». La Cour juge au contraire qu'il s'agit d'un cours « neutre qui n'accorde aucun poids particulier à une religion

13. CEDH, décision du 11 septembre 2006, Konrad c. Allemagne.

14. Principes énoncés dans l'arrêt Kjeldsen (§53) et repris depuis (Folgero, § 84 g/et h/).

15. Commission, déc. 9 sept. 1992, Sluijs c. Belgique ; déc. 8 sept. 1993, Bernard et a. c. Luxembourg.

ou croyance déterminée mais dont l'objectif est de transmettre une base de valeurs commune aux élèves et d'éduquer ceux-ci à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur». La Cour ne tient pas compte du fait que, dans d'autres pays, la dispense de tels cours est possible et la requête est déclarée irrecevable. En revanche, les parents ne sauraient «exiger de l'État qu'il organise un enseignement donné», par exemple d'éthique¹⁶. Ils ne peuvent non plus contester «la condition imposée par le législateur consistant à obtenir le diplôme d'enseignement primaire avant de poursuivre des cours coraniques», soit un âge minimum de douze ans¹⁷.

L'application de l'article 2P1 pose essentiellement le problème de cours axés sur la religion. Les États disposent d'une grande marge d'appréciation pour introduire dans les programmes scolaires des cours de culture religieuse. Mais si ces cours ne respectent pas les critères d'objectivité et de pluralisme imposés par la Cour, des moyens appropriés doivent être adoptés pour garantir le respect des convictions des parents et de l'enfant lui-même. La marge d'appréciation des États se resserre alors au profit de son obligation positive d'établir un régime de dispense de droit du cours en question ou de prévoir un cours de substitution. Dans l'affaire *Folgero*¹⁸, était en cause un cours sur «le christianisme, la religion et la philosophie» dont les parents ne pouvaient demander qu'une dispense partielle des matières dont ils estimaient, «du point de vue de leur propre religion ou philosophie de vie, quelles reviennent à pratiquer une autre religion ou à embrasser une autre philosophie de vie». Or, malgré son intitulé, ce cours faisait la part belle à la religion chrétienne en incluant notamment des prières, des hymnes chantés (psaumes) et des services à l'église. Le titulaire d'une dispense partielle n'est pas tenu d'y participer mais il doit, néanmoins, y assister. Ce cours ne répondant pas aux exigences d'objectivité, de neutralité et de respect du pluralisme, le mécanisme de dispense partielle qui, en outre, oblige les parents à motiver leur demande dévoilant ainsi leurs propres convictions, viole la Convention¹⁹. L'obligation imposée aux élèves n'ayant pas été dispensés de la totalité du cours d'assister, même passivement, à des activités pleinement «confessionnelles» ne garantit pas le droit «concret et effectif» des parents au respect de

16. CEDH, déc. 30 nov. 2004, *Bulski c. Pologne*.

17. CEDH, 17 juin 2004, *Çiftçi c. Turquie*.

18. CEDH, 29 juin 2007, *Folgero et a c. Norvège*, RTDH 2008 n°73 : 251-271, obs. G. Gonzalez.

19. Pour une synthèse de cette jurisprudence, voir G. Gonzalez, «Des difficultés de combattre l'inculture religieuse (à propos de l'arrêt *Folgero*)», RTDH 2008 n°73 : 251-271 ; G. Gonzalez, «L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Lautsi*)», RTDH 2010, à paraître.

leurs convictions. La Cour confirmera cette analyse à propos de l'obligation faite, en Turquie, aux enfants alévis d'assister à un cours de culture religieuse essentiellement basé sur l'islam sunnite²⁰. Lorsqu'un État impose un enseignement comme « objet de culte » inspiré d'une approche « confessante »²¹, l'exigence de neutralité impose de rendre aisément accessible un mécanisme automatique de dispense. Dans les départements français soumis au droit local alsacien-mosellan, ces principes sont respectés²².

La neutralité de l'État doit aussi être visible et s'afficher surtout dans les établissements scolaires. La présence obligatoire sur les murs des écoles italiennes d'un symbole religieux aussi fort qu'un crucifix viole la Convention²³. Comme le souligne la Cour, « la scolarisation des enfants représente un secteur particulièrement sensible car, dans ce cas, le pouvoir contraignant de l'État est imposé à des esprits qui manquent encore (selon le niveau de maturité de l'enfant) de la capacité critique permettant de prendre distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'État en matière religieuse » (*Lautsi*, §48). La requérante se réclame des préceptes laïques. Sa démarche favorise néanmoins la liberté religieuse des parents et enfants qui n'embrassent pas le christianisme mais une autre religion, comme le judaïsme ou l'islam par exemple.

Il faut aussi signaler que, indépendamment du contenu des programmes, la Cour fait prévaloir le droit de l'enfant mineur à l'instruction sur la garantie de la liberté de religion des parents adeptes des adventistes du 7^e jour et qui, à ce titre, se plaignaient de ne pouvoir obtenir une dispense générale de cours pour leur fils le samedi²⁴.

.....
20. CEDH, 9 oct. 2007, Zengin c. Turquie.

21. Termes utilisés par R. Debray qui oppose cette approche « confessante » à l'enseignement du « religieux comme objet de culture » répondant à une approche « objectivante ». Il préconise de développer un enseignement du fait religieux : 2002, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport au ministre de l'Éducation nationale, Paris, Odile Jacob : 27-28.

22. La dispense est de droit pour les cours obligatoires d'éducation religieuse, au choix, catholique, protestante ou israélite. Les parents ne font connaître leur appartenance confessionnelle que pour autant qu'ils ne demandent pas la dispense globale des cours. Ce mécanisme est respectueux de la Convention européenne, comme l'a d'ailleurs souligné le juge administratif (CE, 6 avril 2001, « Syndicat national des enseignants du second degré », *AIDA* 2002 : 63, note B. Toulemonde).

23. CEDH, 3 nov. 2009, *Lautsi c. Italie*, RTDH 2010, obs. G. Gonzalez. L'affaire est actuellement pendante devant la Grande Chambre devant qui, elle, a été déférée.

24. CEDH, décision du 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Lusitana Maria Cerveira Ferreira c. Luxembourg*.

La garantie « molle » de la liberté des mineurs de manifester leur religion dans le cadre scolaire

Sur le terrain de l'article 9, garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion qui est l'un des éléments parmi « les plus essentiels de l'identité des croyants »²⁵, invoqué seul ou en combinaison avec l'article 14 qui interdit toute discrimination religieuse, l'autonomie de volonté du mineur devrait pouvoir s'exprimer plus librement encore. Les affaires concernent surtout la question des restrictions aux manifestations vestimentaires de la liberté de religion dans le cadre scolaire. Sur ce fondement, aucune requête n'a prospéré devant la Cour. D'autres revendications n'ont pas eu une issue plus heureuse, si bien qu'on peut se demander si, en dehors de la question du contenu de certains enseignements, la garantie des droits des mineurs à manifester leurs convictions religieuses à l'école n'est pas seulement « molle » mais aussi totalement ineffective.

La question du port de signes religieux

La solution de principe est donnée par l'arrêt *Leyla Şahin*²⁶ qui illustre la marge d'appréciation très importante reconnue aux États pour défendre le principe de laïcité. Cette affaire concerne une étudiante majeure et, en conséquence, la consécration du droit de l'État de restreindre la liberté de manifester sa religion dans les universités, comme en l'espèce, s'applique *a fortiori* dans les établissements scolaires fréquentés par des élèves mineurs. La Cour l'a d'ailleurs expressément confirmé pour la Turquie dans une affaire introduite par des élèves mineures d'un lycée qui, bien que destiné à former de futurs cadres religieux, n'est pas une école confessionnelle et fait partie du système éducatif turc²⁷. Cette solution stricte vaut aussi pour la France. Par ses arrêts *Dogru*²⁸ et *Kervanci c/France*²⁹, la Cour européenne a validé la jurisprudence du Conseil d'État qui, avant la loi du 15 mars 2004, appréciait les sanctions prises à l'égard de jeunes filles portant le voile à l'aune des troubles à l'ordre public générés ou des exigences de sécurité en cours d'éducation physique notamment. Les décisions d'irrecevabilité rendues dans les affaires

25. CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, § 32.

26. CEDH, Gde Ch., 10 nov. 2005, n° 44774/98, *AJDA* 2006 : 315, note G. Gonzalez.

27. CEDH, décision du 24 janvier 2006, Köse et 93 autres c. Turquie : l'obligation de se présenter tête nue dans l'enceinte scolaire à l'exception des cours de Coran.

28. CEDH, 4 déc. 2008, n° 27058/05, *AJDA* 2008 : 2311. Mlles Dogru et Kervanci étaient respectivement âgées de 11 et 12 ans au moment des faits et de 18 ans lorsqu'elles saisirent la Cour.

29. CEDH, 4 déc. 2008, RDP 2009 : 916, obs. G. Gonzalez.

Aktaş, Bayrac, Guazal, Jasvir Singh et Ranjit Singh, le 9 juin 2009, parachèvent cet édifice jurisprudentiel en rejetant comme manifestement mal fondées les requêtes contre la France d'élèves exclus définitivement de leur établissement scolaire pour avoir refusé de se plier aux exigences découlant de la loi du 15 mars 2004 interdisant « dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse » (art. L. 141-5-1 C. éduc.). Ces décisions d'irrecevabilité, rédigées en des termes identiques, mettent un point final à toutes les interrogations quant à la conventionnalité de la loi du 15 mars 2004 ainsi que de ses modalités d'application les plus strictes (exclusion). Pourtant, les élèves concernés avaient apporté certains aménagements à leur tenue afin d'atténuer le caractère de « signe fort » attaché à leur tenue habituelle. Mlle Aktaş (16 ans en classe de seconde) et Bayrak (âge non précisé) avaient opté pour un bonnet à la place de leur foulard à l'issue du « dialogue » imposé par la loi de 2004 avant toute sanction disciplinaire ; Mlle Ghazal (11 ans au moment des faits) arborait un « couvre-chef » cachant ses oreilles et ses cheveux, plus précisément un « carré de tissu de type bandana »³⁰ ; Jasvir et Ranjit Singh (respectivement âgées de 15 et 17 ans) portaient non pas le turban mais le « keski » ou sous-turban. Ces concessions demeurent sans effet sur la conventionnalité de l'application de la loi. La Cour valide l'objectif de « répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi » énoncé dans la circulaire ministérielle du 18 mai 2004³¹. L'abandon du port d'un « signe fort » au bénéfice « d'autres couvre-chefs »³² peut donc être tout aussi sévèrement sanctionné. Pour admettre cette lecture stricte de la loi, la Cour se satisfait de l'organisation d'un dialogue tronqué entre les autorités scolaires d'un côté, l'élève et ses parents de l'autre ainsi que de la possibilité de poursuivre sa scolarité par d'autres moyens. Ces éléments du contrôle de proportionnalité de la sanction de renvoi définitif ont été critiqués³³. La Cour souligne la possibilité pour l'élève concerné de s'inscrire dans un établissement privé. En France, 97 % de ces établissements sont catholiques et ne sont pas normalement soumis aux dispositions de la loi de 2004. Mais, outre qu'ils peuvent choisir de s'y soumettre comme l'a décidé la Cour de

30. CE, 5 déc. 2007, Ghazal, n° 295671, publié au Lebon ; *AJDA* 2007 : 2343 ; *RFDA* 2008 : 529, concl. R. Keller.

31. CE, 8 oct. 2004, Union française pour la cohésion nationale, n° 269077, *AJDA* 2005 : 43, note F. Rolin ; *RFDA* 2004 : 977, concl. R. Keller.

32. CE, 6 mars 2009, Mlle Akremi, n° 307764, *AJDA* 2009 : 1006.

33. Note G. Gonzalez, *AJDA* 2009 : 2080. Voir aussi G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2010, n° 5 : 1003-1010.

cassation³⁴, il peut y avoir un problème de conscience, notamment au regard de la deuxième phrase de l'article 2P1, pour l'élève comme pour ses parents, à fréquenter un établissement confessionnel, fut-il astreint à une certaine neutralité. Les autres options sont l'enseignement à domicile, pour lequel la Cour a livré ses réserves³⁵, et l'enseignement par correspondance qui ne permet pas à l'enfant de sortir de son cercle familial.

L'échec d'autres revendications liées à la liberté de religion des mineurs à l'école

Le plus flagrant et le plus contestable concerne la revendication d'une forme de pacifisme dicté par des convictions religieuses. La Cour n'a rien trouvé à redire aux sanctions infligées à deux élèves d'une école grecque pour s'être volontairement abstenues de participer à la commémoration de l'entrée en guerre de la Grèce en 1940 contre l'Italie fasciste en raison de leurs convictions religieuses pacifistes. Peu importe que la célébration prenne la forme d'un défilé conjoint avec des militaires ou qu'elle se déroule en dehors de l'école un jour férié. La Cour s'en est étonnée, mais sans en tirer de conclusions négatives pour l'État. Cet arrêt, que nous n'approuvons pas³⁶, fait peu de cas des convictions des enfants, âgées de 12 ans au moment des faits, et des parents dont les convictions pacifistes liées à leur appartenance aux témoins de Jéhovah ne peuvent être contestées. Sans doute le caractère mineur des sanctions a-t-il joué un rôle important. Mais le scénario ne risque-t-il pas de se répéter d'année en année, causant, comme la Cour l'admet elle-même, « un certain impact psychologique sur l'élève » (*Valsamis*, §32) ? Si la Cour examine la requête sur le fondement de l'article 2P1, elle ne reconnaît aucune ingérence dans la liberté de religion de l'élève. L'attachement connu des témoins de Jéhovah au pacifisme qui les conduit à revendiquer un droit à l'objection de conscience que la Cour peine à reconnaître pour d'autres raisons (voir libellé de l'article 4 de la Convention) rend ce constat difficilement acceptable.

34. Civ. 1re 21 juin 2005, Benmehania, n° 02-19.831, *AJDA* 2005 : 1863.

35. Décision Konrad précitée note 12.

36. Cour EDH, 18 décembre 1996, *Valsamis c/ Grèce et Efstratiou c/ Grèce*, Petites Affiches n° 64, 1997 : 33, note G. Gonzalez.

L'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de contrôle de l'ingérence dans les droits de tiers mettant en cause leur liberté de religion

Réticente à consacrer la liberté autonome de religion de l'enfant et à garantir certaines de ses manifestations, la Cour se montre plus encline à faire de l'intérêt de l'enfant, tiers particulièrement vulnérable, un critère important de son appréciation des actions ou omissions de l'État dans sa protection. Qu'il s'agisse de prendre en compte cet intérêt lorsque l'enfant est soumis à une forme de prosélytisme non étatique ou de contentieux familiaux, la Cour ne perd jamais de vue l'importance de cet enjeu.

La garantie de l'intérêt de l'enfant contre le prosélytisme non étatique

Cette garantie demeure verticale lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant d'un enseignement ne répondant pas aux critères d'objectivité, de neutralité et de respect du pluralisme fixés par la Cour, non du fait de l'État et du contenu des programmes mais du fait du comportement individuel d'un enseignant. Comme le soulignait la Cour dès l'arrêt *Kjeldsen*, « des abus peuvent se produire dans la manière dont telle école ou tel maître applique les textes en vigueur et 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 ce niveau par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif » (§54). Cette situation ne s'est jamais présentée à la Cour. En revanche, elle a inauguré sa jurisprudence sur le voile islamique par la validation du licenciement d'une enseignante à l'origine d'un prosélytisme « passif » imputé à cet attribut vestimentaire³⁷. Le fait qu'il s'agissait d'une institutrice à qui étaient confiés de jeunes enfants apparaissait alors déterminant³⁸. La jurisprudence ultérieure a démontré qu'il n'en était rien puisque la

37. CEDH, décision 15 février 2001, Lucia Dahlab c/ Suisse.

38. La Cour déclare notamment dans sa décision d'irrecevabilité : « La Cour admet qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre 4 et 8 ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. 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

Cour a validé une sanction identique prise à l'encontre d'un professeur d'Université³⁹. On peut néanmoins se demander si, s'agissant d'enfants mineurs, l'État n'a désormais pas l'obligation positive, dans le cadre de l'enseignement public, de veiller autant à l'apparence de neutralité religieuse des locaux que de ses représentants occupant une fonction d'enseignement, voire même de personnel administratif⁴⁰. L'obligation pèse en tout cas d'un poids particulier dans le « domaine de l'éducation », encore alourdi par la jeunesse et l'immaturation des élèves concernés.

La dernière situation concerne les mineurs au sein des sectes. Sur un plan général, dans l'arrêt *Leela Förderkreis*⁴¹, relatif à une campagne concernant le mouvement religieux Osho, la Cour consacre l'obligation positive des États d'informer préventivement sans pour autant discréditer sur ce phénomène contemporain des nouveaux mouvements religieux. L'information des « jeunes gens », plus vulnérables, est expressément mentionnée comme justification essentielle de cette obligation positive (§93). En revanche, véhiculer des préjugés sur de nouveaux mouvements religieux pour faire obstacle à leur existence même (refus d'enregistrement, dissolution) ne saurait être acceptable, comme l'a jugé la Cour dans l'affaire *Témoins de Jéhovah de Moscou* (CEDH, 10 juin 2010). Les accusations de briser les familles, d'attenter aux droits des parents n'appartenant pas au groupement concerné ou encore d'embrigader les mineurs sont réfutées sans ménagement par la Cour européenne. Le point le plus délicat concernait le refus de transfusion sanguine par les témoins de Jéhovah. Mais la Cour concentre son contrôle sur la situation des adultes car elle constate que, s'agissant des mineurs de moins de 15 ans

.....
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 [...] la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable.»

39. CEDH, décision du 24 janvier 2006, *Kurtulmuş c. Turquie*.

40. Dans l'arrêt *Lautsi*, la Cour précise que l'exposition obligatoire d'un symbole d'une confession donnée dans l'exercice de la fonction publique relativement à des situations spécifiques relevant du contrôle gouvernemental, en particulier dans les salles de classe, restreint le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions ainsi que le droit des enfants scolarisés de croire ou de ne pas croire » et « cette mesure emporte violation de ces droits car les restrictions sont incompatibles avec le devoir incombant à l'État de respecter la neutralité dans l'exercice de la fonction publique, en particulier dans le domaine de l'éducation » (§57).

41. CEDH, 6 novembre 2008, *Leela Förderkreis E.V. c. Allemagne*, RTDH 2009, n° 78: 553-568, note G. Gonzalez.

dont les parents refusent les transfusions, la loi russe permet de surmonter ce refus en recourant à un juge (§137). Pour les majeurs, la Cour rappelle le principe de l'autonomie de volonté et de libre choix. Doit-on en déduire que ce principe s'applique aussi aux mineurs de plus de 15 ans? L'arrêt de la Cour n'est pas explicite sur ce point mais, implicitement, elle semble l'admettre. C'est un indice supplémentaire d'une forme de majorité, distincte de la majorité légale, qui pourrait être fixée à 15 ans.

L'intérêt de l'enfant dans les contentieux familiaux

L'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte par la jurisprudence de Strasbourg dans les situations de mesures d'assistance éducative et de séparation des parents. C'est un principe général qui trouve parfois à s'appliquer lorsqu'entre en ligne de compte un problème lié à la religion de l'un ou l'autre parent, voire des deux.

Mesures d'assistance éducative

C'est une mesure radicale qui porte atteinte à l'unité de la famille pour le bien-être de l'enfant. Le motif principal peut être associé à certaines pratiques liées à des convictions religieuses des parents qui mettent en danger le mineur concerné. L'affaire *Schmidt c. France*⁴² en fournit l'illustration. Les époux Schmidt étaient membres de l'Église chrétienne biblique, appelée également «La Citadelle», une église évangélique protestante qui fut dissoute en 1990. Le père faisant l'objet de poursuites pénales pour avoir porté des coups à un enfant de 4 ans, la fille du couple, alors âgée de 3 ans, fut placée à la DDASS en 1993 avec droit de visite aux parents. La mère ayant quitté la France pour retrouver sa famille en Nouvelle-Zélande et donner naissance à son deuxième enfant en mars 1995, la garde de Victoria fut confiée à ses grands-parents paternels et le droit de visite fut supprimé, puis rétabli donnant ainsi l'opportunité à la mère, installée en Irlande, d'y emmener Victoria. Les juridictions d'Irlande du Nord confièrent la garde à la mère, puis, en 2001, au père. Devant la Cour européenne, les époux Schmidt se plaignaient d'une violation de leur vie privée et familiale par la France. La Cour conclut à l'absence de violation en s'appuyant sur les conclusions du juge français qui

.....
42. CEDH, 26 juillet 2007.

avait notamment retenu, outre les délits imputés au père, que « les enfants, dont les parents appartenaient à l'Église chrétienne biblique comme ceux de Victoria, avaient le teint blême, ne manifestaient aucune spontanéité, que leur éducation n'était pas assurée par leurs parents, qu'ils étaient scolarisés par correspondance [...] qu'ils étaient coupés du monde extérieur, présenté comme satanique, astreints à des jeûnes fréquents, à un sommeil réduit et soumis à des punitions corporelles sous forme de gifles et de coups de ceinture ». La jeune Victoria, alors âgée de trois ans, ayant toujours été « élevée dans cette communauté et soustraite à tout contact familial ou social, et soumise à un régime d'enfermement... ces conditions d'éducation étaient de nature à compromettre gravement son équilibre psychologique et son épanouissement » (§86). La Cour juge les mesures prises proportionnées, d'autant que la mère n'a jamais été exclue du processus décisionnel concernant sa fille puisqu'elle a pu, par exemple, s'opposer à son baptême selon le rite catholique (§ 93)⁴³.

Séparation des parents

Le problème majeur d'une séparation est souvent la garde des enfants. Que l'un des conjoints manifeste une conviction religieuse non traditionnelle et cet élément devient alors central dans la bataille judiciaire. La jurisprudence de la Cour est claire quant aux principes applicables, moins quant aux conditions de leur application.

L'interdiction de discrimination religieuse: Les juridictions internes doivent s'abstenir de tout présupposé général sur l'appartenance religieuse de l'un des parents. Il y a discrimination lorsque, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables sont traitées de manière différente. Dans l'affaire *Hoffmann*⁴⁴, les juridictions inférieures autrichiennes avaient confié la garde des deux enfants à la mère au vu des éléments fournis notamment par une enquête sociale. La Cour de cassation inversa cette solution essentiellement en raison des « répercussions négatives éventuelles de l'appartenance d'Ingrid S. à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah » (§ 32). La Cour européenne identifie une « différence

43. Pour un autre exemple d'éloignement en urgence d'enfants en dangers du fait de leur soumission à des abus sexuels de la part de proches dans le cadre, discuté, de rites sataniques : CEDH, Gr. Ch., 9 mai 2003, Covezzi et Morselli c. Italie. La Cour ne s'appuie cependant pas sur l'aspect « religieux » non prouvé mais sur les abus sexuels bien réels dont ont été victimes les enfants.

44. CEDH, 23 juin 1993.

de traitement» reposant sur la religion, « conclusion renforcée par la tonalité et le libellé des considérants de la Cour suprême relatifs aux conséquences pratiques de la religion de la requérante » (§ 33). Elle énonce le principe qu'« on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion » (§ 36). Une telle distinction révèle un présupposé subjectif hostile ne reposant sur aucune démonstration factuelle concrète. L'affaire *Palau-Martinez* illustre cette approche discriminatoire de façon caricaturale. Dans un contexte en tous points semblables à l'affaire *Hoffmann*, les juridictions françaises ont attribué la garde au père plutôt qu'à la mère témoins de Jéhovah au motif unique 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 » (§ 37). La Cour de Strasbourg juge que « la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel » (§ 42).

Une obligation de motivation in concreto: La Cour européenne vérifie que, dans un foyer divisé sur le plan religieux, les juridictions internes se sont prononcées en tenant compte de faits concrets et non d'appréciations générales. Le risque est grand de voir les juridictions nationales masquer, sous une motivation factuelle, une lecture finaliste du critère de l'intérêt de l'enfant. Ces artifices sont, à vrai dire, difficiles à identifier.

Dans l'affaire *Ismailova*⁴⁵, qui rappelle par certains aspects les affaires *Hoffmann* et *Palau-Martinez* (la mère, témoin de Jéhovah, se voit refuser la garde de ses deux enfants au profit du père), la Cour européenne valide le raisonnement des juridictions russes qui se sont fondées sur les pratiques religieuses dans lesquelles la mère les impliquait mais aussi sur ses conditions matérielles. Prise à une voix de majorité, cette conclusion est critiquée par trois juges dans leur opinion dissidente commune. Pour eux, les éléments factuels rapportés, pour être concrets, manquent néanmoins d'objectivité. Ce sentiment peut être corroboré à la lecture de l'arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou*⁴⁶ qui démonte, *mutatis mutandis*, l'argumentaire faussement objectif des juridictions russes à l'origine de la dissolution du groupement concerné, s'agissant notamment de l'influence sur les enfants. Dans l'affaire *Deschomets* (CEDH, décision d'irrecevabilité, 16 mai 2006), les époux étaient tous deux,

45. CEDH, 29 novembre 2007.

46. *Op. cit.*

dans un premier temps, membres de la communauté des « Frères »⁴⁷. La rupture du père avec cette communauté alors que les enfants étaient âgés de 2 et 5 ans scella la rupture du couple. Après de nombreux rebondissements judiciaires, la plupart favorables à la mère, la garde des enfants, dont l'un au moins (V., âgé de 10 ans) avait pourtant manifesté par courrier vouloir continuer à résider avec sa mère, est finalement attribuée au père pour les deux enfants âgés alors de 15 et 10 ans. On peut en déduire que, là encore, la volonté manifeste du mineur de 15 ans, ici favorable au père, l'emporte sur celle du mineur de 10 ans dont l'opinion est réduite à néant. Pour la Cour européenne, « la cour d'appel, pour apprécier l'intérêt réel des enfants, s'est prononcée *in concreto* en se fondant précisément sur les conséquences effectives pour eux du mode de vie adopté par leur mère. Si ce mode de vie découle des pratiques religieuses de la requérante, l'on ne saurait pour autant considérer que les juridictions internes aient accordé une importance déterminante à celles-ci ou aient émis des critiques générales sur le mouvement des "Frères" en tant que tel. Bien au contraire, la cour d'appel a précisé qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si le mouvement des "Frères" constitue ou non une secte ». Aux yeux de la Cour, les décisions internes litigieuses ont été prises en dehors de tout débat théorique, et donc de tout jugement de valeur, sur les conceptions et les pratiques idéologiques de la requérante. En réalité, ces décisions se fondent sur l'intérêt supérieur des enfants, compte tenu de leurs réactions aux modes de vie de leurs deux parents, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour, laquelle s'inspire notamment de l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant ». La requête de la mère est déclarée irrecevable, ses griefs de discrimination fondée sur la religion étant jugés manifestement infondés. Cette décision apparaît justifiée mais laisse en même temps entrevoir le risque d'une discrimination occultée par une confiance aveugle dans une motivation *in concreto* que la Cour n'a pas toujours les moyens de vérifier. En l'espèce, on peut être surpris des changements intervenus dans les différentes instances qui se sont succédées et qui

47. Selon l'arrêt, ce mouvement chrétien, en rupture avec les églises officielles, naît en Angleterre au ^{xix}e siècle. Il se caractériserait par : « le souci d'obéir sans réserve aux Écritures, en se tenant à l'écart des influences extérieures [...] En ce qui concerne le mode de vie on peut noter : une pratique religieuse journalière, l'absence de travail pour tous le samedi, y compris pour les enfants scolarisés, (le dimanche étant entièrement consacré à des activités religieuses), l'accent mis sur l'importance de la vie familiale [...], l'interdiction de boire ou de manger avec des personnes qui ne sont pas des Frères [...], la non-participation à des associations et la volonté d'éviter toute influence néfaste (pas de télévision, de radio, de journal, d'usage de l'ordinateur ou d'Internet). À partir du lycée les enfants suivent souvent leur scolarité par correspondance ».

étaient pour la plupart favorables à la mère. Il reste que la volonté manifestée par le mineur le plus âgé (15 ans) a certainement joué un rôle déterminant, conjugué à la volonté de ne pas séparer les deux frères. Dans d'autres situations, c'est la réputation sulfureuse du mouvement concerné qui pèse lourdement sur l'appréciation des juges. Ainsi, la défiance envers les principes éducatifs prônés par le mouvement raëlien, «en particulier sur le plan de la vie sexuelle», valide au regard de la Convention la décision de maintenir la résidence des enfants chez leur mère, adepte de Raël, en l'assortissant de certaines réserves, le père n'étant pas acquis à cette croyance⁴⁸. La décision des juridictions internes d'interdire à la mère de «mettre ses enfants en contact avec d'autres membres du mouvement raëlien qu'elle-même et son compagnon», lui-même «guide raëlien», est jugée proportionnée au but poursuivi : la protection de l'intérêt de très jeunes enfants (4 à 6 ans et 3 à 5 ans au moment de l'examen des faits devant les juges nationaux). La requête est déclarée irrecevable. On peut néanmoins s'interroger sur la logique de la solution retenue et sur son effectivité s'agissant de l'intérêt des enfants. Si les «pratiques» du mouvement raëlien relèvent d'une dangerosité avérée, laisser les enfants avec leur mère et un guide du mouvement tient du paradoxe. Dans le cas contraire, la restriction imposée peut être jugée comme une entrave discriminatoire à la liberté de religion de la mère.

Si, dans ces affaires, le *satisfecit* de la Cour peut être discuté, illustrant le flou qui entoure la notion d'appréciation *in concreto*, d'autres en revanche emportent plus facilement l'adhésion comme l'approbation à l'unanimité par la Cour de la décision de confier la garde de deux enfants au père plutôt qu'à la mère, membre du centre de méditation du mouvement Osho⁴⁹. La Cour approuve les autorités nationales qui se sont appuyées sur la volonté manifestée par les deux enfants de vivre avec leur père et sur les conditions de vie générale de l'enfant (une fille de 7 à 8 ans au moment des faits), laissée tout

48. CEDH, décision du 3 novembre 2005, F.L. c. France.

49. CEDH, 27 juin 2010, Gineitiene c. Lituanie. Voir aussi CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2010, Neulinger et Shuruk : la Cour juge que l'exécution de la décision ordonnant le retour d'un enfant en Israël auprès de son père, alors qu'il avait été enlevé par sa mère qui avait rejoint la Suisse, violerait l'article 8 de la Convention. La relation des faits montre que le père a, après son mariage, rejoint un groupement juif ultra-orthodoxe «Loubavitch». Si la chambre de la Cour n'avait pas négligé cet aspect, jugeant néanmoins qu'«aucun indice ne porterait à croire que la requérante ne pourrait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pourraient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse 'Heder'» et que la mesure nationale était proportionnée au but recherché (CEDH, 8 janvier 2009, § 92), la Grande Chambre aboutit à la conclusion contraire mais sans mentionner l'engagement religieux du père.

d'abord à la garde de sa mère, dans des locaux situés dans le même immeuble que le centre de méditation, souvent sans surveillance et sans véritable intimité, d'autres membres du groupe utilisant certaines pièces communes. La prise en compte objective des conditions de vie matérielles de la mère avec sa fille permettent de conclure à l'absence de discrimination tant au niveau de la vie familiale que de la liberté de religion de la mère.

Au total, la jurisprudence de la Cour européenne livre une image assez floue de la liberté religieuse reconnue à l'enfant. Cette liberté est souvent perçue par le filtre parental. Dans le cadre scolaire, la Cour européenne reconnaît à l'enfant une liberté de religion qui paraît limitée au for interne. Vis-à-vis des tiers, les autres membres de la famille, la Cour se montre soucieuse de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Sans livrer de réponse claire à la question de la majorité religieuse, elle semble néanmoins, dans la majorité des cas, attacher de l'importance au désir manifesté par un enfant ayant atteint une certaine maturité vers l'âge de 13 ou 15 ans.

La liberté religieuse de l'enfant en droit italien

Christine Pauti,
Maître de conférences à l'université
Paris I Panthéon-Sorbonne

Bien que fortement marquée par la culture chrétienne et en dépit de l'emprise et de privilèges persistants de l'Église catholique, l'Italie peut être considérée comme faisant partie des États laïques. C'est dans sa décision n° 203 du 12 avril 1989 relative à l'enseignement religieux à l'école que la Cour constitutionnelle a fait de la laïcité – principe inconnu dans la Constitution – un principe suprême de l'ordre juridique italien¹. En vertu des articles 7² et 8³ de la Constitution, les relations État/Églises s'organisent, sur la base d'un Concordat passé avec l'Église catholique et d'ententes conclues avec certaines confessions religieuses⁴. La plupart des cultes ne bénéficiant pas d'un de ces

1. Corte cost. n° 203, 12 avr. 1989 (*Foro it.*, 1989 : 1333 et s. avec note de N. Colaïanni, « Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica »).

2. Art. 7 Const. : « L'État et l'Église catholique sont, chacun dans leur ordre, indépendants et souverains.

Leurs rapports sont réglés par les Accords du Latran. Les modifications de ces Accords, acceptées par les deux parties, n'exigent aucune procédure de révision constitutionnelle. »

3. Art. 8 Const. : « Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi.

Les confessions religieuses autres que la confession catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, à condition qu'ils ne soient pas en contradiction avec l'ordre juridique italien. Leurs rapports avec l'État sont réglés par la loi sur la base d'ententes avec les représentants de chaque confession. »

4. La « saison des ententes » (expression utilisée par R. Botta, « Confessioni religiose I) Profili generali », *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994 : 6) a débuté par celle signée le 21 février 1984 avec la Table vaudoise, représentant les églises vaudoises et méthodistes. Par la suite, sur le même modèle, plusieurs ententes seront passées entre l'État et d'autres confessions religieuses : le 29 décembre 1986 avec les assemblées de Dieu en Italie et l'Union italienne des églises chrétiennes adventistes du septième jour, le 27 février 1987 avec l'Union des communautés israélites italiennes, le 29 mars 1993 avec l'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie et le 20 avril 1993 avec l'Église évangélique luthérienne en Italie. Toutes ces ententes, parfois modifiées depuis, ont été ratifiées par une loi. D'autres ententes ont été signées le 4 avril 2007 : avec l'Église apostolique en Italie, l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours, la Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah, l'Archidiocèse orthodoxe sacré d'Italie et Exarchat pour l'Europe Méridionale, l'Union

deux régimes continuent d'être soumis à la loi n° 1159 du 24 juin 1929 et au décret royal n° 289 du 28 février 1930 sur les cultes admis, nettement moins protecteurs.

Quant à l'enfant, il a bénéficié d'un modèle de protection assez proche de celui existant en France, l'Italie ayant hérité du Code Napoléon. Son intérêt tant moral que matériel est progressivement devenu la clef de voûte du système, comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle, en particulier s'agissant du devoir et droit des parents d'entretenir, d'instruire et d'éduquer leur enfant proclamé à l'article 30 de la Constitution.

La Constitution garantit par ailleurs le droit de liberté religieuse à tout individu. Mais l'exercice de ce droit ne peut être reconnu à l'enfant dans les mêmes conditions que celles qui prévalent pour l'adulte, et doit être aménagé afin de réaliser un équilibre entre les exigences de protection et celles d'autonomie de l'enfant devant progressivement tenir compte de son âge et de sa maturité. Cet équilibre doit se retrouver tant dans le cadre familial qu'au sein du lieu que l'enfant est amené à fréquenter le plus souvent : l'école.

La liberté religieuse de l'enfant dans sa famille

Malgré des normes censées favoriser l'exercice du droit de liberté religieuse de l'enfant, en pratique, cet exercice demeure le plus souvent très aléatoire.

Des normes en principe ouvertes à l'exercice du droit de liberté religieuse par l'enfant

L'article 19 de la Constitution énonce : « Chacun a le droit de professer librement sa propre foi religieuse, quelle qu'en soit la forme, individuelle ou collective, de faire de la propagande pour sa foi et d'en exercer le culte en privé ou en public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs. » À l'instar des autres droits de l'homme, cette disposition vise

.....
Bouddhiste Italienne et l'Union hindouiste italienne (in S. Berlingo, G. Casuscelli, 2010, Codice del diritto ecclesiastico, 5^e éd., Milano, Giuffrè : 481 et s.). C'est seulement le 13 mai 2010 que le Conseil des ministres a donné son accord aux projets de loi relatifs à ces ententes, témoignant à quel point ces reconnaissances dépendent de la volonté du pouvoir politique. Néanmoins, ces dernières ententes doivent encore être approuvées par le législateur pour que leur contenu soit applicable en droit italien.

l'homme « abstrait » et n'établit aucune distinction en fonction de la race, du sexe, de la nationalité ou de l'âge. Elle s'applique donc à l'enfant. L'article 2 de la Constitution, qui garantit les droits inviolables de l'homme « aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité », a joué un rôle déterminant dans la réflexion des juristes italiens sur la question de l'exercice de ses libertés fondamentales par l'enfant. En effet, en vertu de la combinaison de cet article et de l'article 19, l'enfant doit en principe pouvoir jouir du droit de liberté religieuse au sein de sa famille, grâce au soutien de ses parents.

Une décision, isolée mais célèbre, du tribunal des mineurs de Gênes du 9 février 1959⁵ illustre ce courant moderne de la conception du droit de liberté religieuse de l'enfant. En l'espèce, une jeune fille de 17 ans – la majorité étant à l'époque fixée à 21 ans –, en raison des très mauvaises relations entretenues avec son père, est placée dans un institut catholique. Le père souhaite qu'elle soit intégrée, contre sa volonté, dans un institut juif. Baptisée et élevée dans la religion catholique, elle avait été convertie à la religion juive à l'âge de 9 ans. Le tribunal va estimer que le père ne peut utiliser des moyens coercitifs allant à l'encontre du droit de liberté religieuse de l'adolescente. Dans un premier temps, il rappelle que « le droit de professer librement sa foi religieuse [...] est reconnu par l'article 19 de la Constitution. Par ailleurs, l'état d'incapacité dans lequel se trouve le mineur entraîne l'attribution au père de pourvoir à son éducation et à son assistance. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le père dispose notamment de la faculté d'orienter son enfant dans la foi religieuse qu'il estime la plus opportune, à condition qu'elle soit conforme aux principes de la morale ». L'emploi du terme « orienter » n'est pas sans rappeler celui de « guide » qui sera utilisé, trente ans plus tard, dans l'article 14 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶. Le tribunal poursuit d'ailleurs dans

5. Trib. min. Genova, decr., 9 févr. 1959 (*Rep. Foro it.*, 1959, voce « Patria Potestà », n° 7-8; *Giur. cost.*, 1959 : 1275-1279, note M. Condorelli; *Temi genov.* 1959 : 314 et s., note M. Condorelli).

6. Aux termes de l'article 14 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant :

« 1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. »

un même esprit : « Le choix de sa religion est une question tellement délicate et personnelle que personne ne peut et ne doit utiliser la contrainte pour l'influencer ou le modifier. Il n'est donc pas non plus permis aux parents d'utiliser des moyens coercitifs pour pousser leurs enfants à pratiquer et suivre une foi religieuse qu'ils ne souhaitent pas. Ils pourront mener œuvre de persuasion ou de conviction, mais l'usage de la violence physique ou morale n'est pas permis. Un tel comportement constituerait un excès de pouvoir et ne trouverait aucune justification dans l'hypothèse où le mineur a librement choisi, en toute conscience, une religion qui n'est pas contraire à la morale et aux bonnes mœurs. » Cette idée du « parent-guide » sera confirmée en 1975 par la modification de l'article 147 du Code civil qui impose désormais aux parents dans leur mission d'entretien, d'instruction et d'éducation de « *ten[ir] compte des capacités, de l'inclination naturelle et des aspirations* » de leurs enfants.

Enfin, depuis 1990, l'idée d'une « capacité religieuse » anticipée sur l'âge de la majorité qui permettrait au mineur, dès l'âge de 14 ans, d'accomplir de façon autonome les choix relatifs à l'exercice du droit de liberté religieuse, est régulièrement rappelée dans les projets et propositions de loi portant normes « *sur la liberté religieuse et abrogation de la réglementation sur les cultes admis* ».

Mais force est de constater qu'en l'absence d'une telle majorité religieuse, l'enfant est aujourd'hui confronté à de nombreux obstacles pour faire valoir ses convictions et l'exercice de ce droit demeure très aléatoire.

En pratique : L'exercice hypothétique de son droit de liberté religieuse par l'enfant

La liberté religieuse de l'enfant n'est généralement prise en compte par le juge que de façon indirecte. Le juge peut, par exemple, sanctionner une éducation religieuse parentale abusive pour protéger la santé physique ou psychique du mineur. Ainsi en est-il d'un père de confession musulmane condamné pour délit de maltraitance familiale pour avoir obligé sa fille à porter le voile, à s'agenouiller devant lui, à jeûner durant le ramadan et à suivre des comportements religieux, lui interdisant d'aller dans un gymnase et d'écouter de la musique⁷. Par ailleurs, la loi n° 7 du 9 janvier 2006

7. Trib. Arezzo, 27 nov. 1997 (*Quad. dir. polit. eccles.*, 1999 : 847-857 avec note de G. Cimbalo, « Il fattore religioso come elemento di imputabilità »).

pénalise les pratiques de mutilations génitales féminines, la peine de prison étant aggravée si la victime est mineure. Dernier exemple, dans une décision n° 14102 du 4 avril 2007, la Cour de cassation a jugé que se rend coupable du délit d'enlèvement de personne incapable un père qui revient en Italie après ses vacances en laissant sa fille de 4 ans à sa famille au Pakistan, afin qu'elle soit éduquée selon les préceptes de l'islam. Il a été jugé que, ce faisant, il viole non seulement les droits de la mère mais aussi ceux de sa fille qui doit pouvoir être éduquée en fonction des décisions prises d'un commun accord par ses parents conformément à l'article 316 du Code civil et ne doit pas être soumise à « *une volonté unilatérale et sans limite de son destin* ». Enfin, sur le fondement de l'article 333 du Code civil italien, qui permet au juge d'adopter toute mesure adéquate au cas où la conduite des parents se révèle « préjudiciable » pour l'enfant, le juge a pu autoriser en urgence la transfusion sanguine sur un enfant, malgré le refus de ses parents, témoins de Jéhovah. La mort d'une petite fille de 2 ans et demi ayant bénéficié trop tardivement de transfusions sanguines qui auraient pu la sauver et dont les parents, témoins de Jéhovah, ont été condamnés pour homicide involontaire est l'affaire ayant sans doute le plus marqué l'Italie⁸.

Outre ces hypothèses d'éducation contraires à l'intérêt de l'enfant, le juge peut être conduit à s'intéresser à la religion de l'enfant lors de la séparation ou du divorce de ses parents. Jusqu'en 1975, l'article 147 du Code civil italien disposait : « *Le mariage impose aux deux époux l'obligation d'entretenir, éduquer et instruire leurs enfants en conformité avec les principes de la morale* ». Or, les juges, fort imprégnés du catholicisme ambiant, assimilaient facilement cette « morale » à la morale catholique. Une affaire symbolise cette tendance : le 31 août 1948, le tribunal de Ferrare prononce la séparation de deux conjoints pour faute du mari et il confie la garde des enfants à la mère, notamment car

8. Sur cette « affaire Oneda » : Ass. Cagliari, 10 mars 1982 (*Foro it.*, 1983, II, c. 27-45 avec note de G. Fiandaca), Ass. app. Cagliari, 13 déc. 1982 (*Giur. it.*, 1983, II, c. 364 et s. ; G. Furguiele, « Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statutale », *Foro it.*, 1983, IV, col. 349-359 ; S. Lener, « I testimoni di Geova e la punizione dell'omicidio », *Civiltà cattolica*, 1982, IV, 159), Ass. app. Roma, 30 juill. 1986 (*Giur. merito*, 1987, I : 409, note G. Raymondi, « Considerazioni sulla colpa cosciente e sul dolo eventuale, con particolare riferimento ai c.d. "culti emergenti" » ; *Giur. merito*, 1987, I, S. Ardizzone, « Ai confini tra dolo eventuale e colpa : un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria » : 635-652 ; *Dir. famiglia*, 1986 : 1048-1064 ; *Dir. famiglia*, 1987 : 178-187, L. Mazza, « Fede religiosa ed omesso impedimento dell'evento ») ; sur une autre affaire, voir aussi : Pretura di Arezzo, 24 avr. 1963 (*Arch. ric. giur.*, 1964 : 406 et s. avec note de G. Zuddas, « Rifiuto di consenso a terapie trasfusionali e provvedimento d'urgenza del giudice tutelare », *Foro it.*, Rep. 1964, « Patria potestà », n° 8 et 9).

elle est « très religieuse » alors que le père est un « parfait athée »⁹. Au début de son existence, la Cour constitutionnelle elle-même adoptait une interprétation restrictive de la liberté de conscience en estimant que « l'athéisme commence là où finit la vie religieuse »¹⁰. Une telle orientation des juges permet de comprendre à quel point il était peu envisageable à l'époque de concevoir un quelconque exercice autonome du droit de liberté religieuse par l'enfant, qu'on se limitait à protéger d'une éducation jugée abusive ou immorale.

Ce n'est qu'avec la loi n° 151 du 19 mai 1975 réformant le droit de la famille que sera supprimée la référence à la « morale » dans l'article 147 du Code civil et qu'en 1979 que la Cour constitutionnelle rétablira l'« égalité » entre l'athéisme et les convictions à proprement parler religieuses¹¹. Depuis le milieu des années 1980, les juges italiens proclament de façon quasi unanime l'indifférence des convictions religieuses dans le choix du parent gardien, sauf si la pratique religieuse entraîne des conséquences néfastes pour l'enfant. La loi n° 54 de 2006, portant dispositions en matière de séparation des parents, fait désormais de la garde conjointe la règle sous réserve qu'elle ne soit pas contraire à l'intérêt de l'enfant. La cour d'appel de Rome, dans une décision du 4 avril 2007, a ainsi confié à deux parents la garde de leurs enfants de 9 et 16 ans, leur laissant la possibilité de les éduquer religieusement dans leur foi respective, en l'espèce juive et catholique, dans le respect de la liberté d'orientation religieuse des enfants. On peut néanmoins déceler une certaine méfiance à l'encontre du parent membre d'un « nouveau mouvement religieux », le plus souvent témoin de Jéhovah – parfois justifiée au regard du cloisonnement imposé à l'enfant vis-à-vis du monde extérieur – notamment dans les interdictions ou limitations qui peuvent lui être faites si on lui confie la garde de l'enfant ou, au contraire, depuis la loi de 2006 sur la garde conjointe après séparation, dans la décision de lui refuser la garde conjointe¹².

L'adolescent n'a, *a priori*, pas plus de moyens que le jeune enfant pour revendiquer un exercice effectif de son droit de liberté religieuse et pour contester l'éducation religieuse qui pourrait lui être imposée, notamment en saisissant directement le juge. Aucune décision prise par les parents en matière d'éducation religieuse ne requiert son consentement. En outre,

9. Trib. Ferrara, 31 août 1948 (*Foro it.*, 1949, IV, col. 52).

10. Corte cost. n° 58, 13 juill. 1960 (*Foro it.*, 1960, I, col. 1271-1274; *Giur. cost.*, 1960: 752-758).

11. Corte cost. n° 117, 2 oct. 1979 (*Foro it.*, 1979, I: 2517).

12. Voir Corte app. Roma, 18 avr. 2007 et Trib. Civ. Prato, ordinanza 13 févr. 2009 dans www.olir.it.

jusqu'à une date récente, il n'avait même pas l'assurance d'être entendu en toute hypothèse par le juge. Ce n'est que par une décision n° 1 du 16-30 janvier 2002 que la Cour constitutionnelle a reconnu l'applicabilité directe de l'article 12 de la CIDE qui prévoit notamment la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. La loi n° 54 de 2006, portant dispositions en matière de séparation des parents et garde conjointe des enfants, impose l'audition des mineurs de plus de 12 ans dans les jugements de séparation et de divorce et dans les procédures de garde des enfants naturels, l'enfant plus jeune pouvant être entendu s'il dispose d'un discernement suffisant. Par ailleurs, la ratification par la loi n° 77 du 20 mars 2003 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 mai 1996 ouvre de nouvelles perspectives en matière d'écoute de l'enfant dans les procédures civiles, orientation confirmée par la Cour de cassation dans une décision n° 9094 du 16 avril 2007. Cette prise en compte accrue de la parole de l'enfant doué d'un discernement suffisant devrait nécessairement avoir des répercussions sur l'exercice de son droit de liberté religieuse, tant il semble difficile de concevoir que puisse être défini l'intérêt de l'enfant dans une sphère d'aussi grande intimité, sans l'impliquer dans cette décision.

Mais pour l'heure, la faible attention accordée aux souhaits de l'enfant démontre à quel point sa religion demeure une question régie pour l'essentiel par le choix de ses parents. Cependant, et même si l'enfant continue d'y être soumis à leur autorité, on peut se demander s'il ne bénéficie pas au sein de l'école publique d'un espace plus ouvert à l'exercice de son droit de liberté religieuse.

La liberté religieuse de l'élève au sein de l'école publique

L'article 1^{er}, al. 4 du décret du Président de la République n° 249 du 24 juin 1998, portant réglementation du statut des élèves de l'école secondaire proclame: «la vie dans la communauté scolaire se fonde sur la liberté d'expression, de pensée, de conscience et de religion, sur le respect réciproque de toutes les personnes qui la composent, quels que soient leur âge et leur condition, dans le refus de toute barrière idéologique, sociale et culturelle.» Le 7^e alinéa de l'article 2 de ce même décret dispose par ailleurs: «Les élèves

étrangers ont le droit au respect de la vie culturelle et religieuse de la communauté à laquelle ils appartiennent.»

Mais, malgré ces textes, même dans le cadre scolaire, la liberté religieuse de l'enfant est aléatoire et peut parfois même se heurter à la présence de symboles religieux catholiques affichés par les autorités scolaires.

La liberté religieuse conditionnée de l'élève

En Italie, la question du port du foulard n'a jamais posé de réel problème dans le cadre scolaire, sans doute en raison d'une conception du principe de laïcité indissolublement lié à celui de pluralisme, tel que l'a interprété la Cour constitutionnelle dans sa décision n° 508 du 13 novembre 2000. Pour elle, «en vertu des principes fondamentaux d'égalité de tous les citoyens sans distinction de religion (art. 3 de la Constitution) et d'égale liberté devant la loi de toutes les confessions religieuses (art. 8 de la Constitution), l'attitude de l'État à l'égard de celles-ci ne peut qu'être d'équidistance et d'égalité. Cette position [...] est le reflet du principe de laïcité que la Cour constitutionnelle a tiré des normes constitutionnelles [...], en marquant d'une empreinte pluraliste la forme de notre État, dans lequel doivent cohabiter, en condition d'égale liberté, des croyances, des cultures et des traditions différentes». Le décret du ministre de l'Intérieur du 23 avril 2007 approuvant la Charte des valeurs de la citoyenneté et de l'intégration affirme la liberté de toute personne pour son habillement, dès lors qu'il est librement choisi, n'est pas contraire à sa dignité et ne lui couvre pas le visage, ce qui ferait obstacle à sa reconnaissance.

La décision de participer à un enseignement religieux dans le cadre scolaire peut également représenter une manifestation du droit de liberté religieuse pour certains élèves. L'accord du 18 février 1984, dit «accord de Villa Madame», qui modifie le concordat du Latran du 11 février 1929 entre la République italienne et le Saint-Siège et abandonne le principe de la religion catholique en tant que religion d'État, rend facultative l'assistance aux cours de religion catholique, autrefois obligatoire sauf demande de dispense. Aux termes de l'article 9.2), alinéa 1^{er} de la loi n° 121 du 25 mars 1985 portant ratification et exécution de cet Accord, et de son protocole additionnel: «La République italienne, reconnaissant la valeur de la culture religieuse et tenant compte du fait que les principes du catholicisme font partie du patrimoine historique du peuple italien, continuera à assurer, dans le cadre des finalités de l'école, l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques non universitaires de toutes catégories et tous degrés.» Les ententes conclues avec des confessions autres que la confession catholique prévoient

quant à elles la possibilité de demandes concernant l'étude du «phénomène religieux». Dans ses décisions n° 203 du 12 avril 1989 et n° 13 du 14 janvier 1991¹³, la Cour constitutionnelle a refusé un enseignement alternatif obligatoire à l'enseignement religieux, afin d'éviter qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience de l'enfant. En revanche, réformant la décision n° 7076 du 17 juillet 2009 du tribunal administratif du Latium¹⁴, le Conseil d'État, dans un arrêt n° 2749 du 7 mai 2010, a jugé que des circulaires du ministère de l'Instruction publique permettant aux élèves assistant aux cours de religion catholique ou à des matières alternatives d'obtenir d'éventuels points supplémentaires dans l'évaluation de leurs parcours d'études au lycée n'entraînaient pas de discrimination par rapport aux élèves qui, librement, décidaient de ne choisir aucune activité religieuse ou alternative. Mais, dans une décision n° 924 du 1^{er} février 2011, le tribunal administratif du Latium a annulé pour discrimination un règlement ministériel qui prévoyait que les enseignants dispensant des activités alternatives à l'enseignement de la religion catholique devaient se contenter de donner de façon préventive au conseil de classe – au cours duquel sont attribués d'éventuels points supplémentaires aux lycéens qui suivent l'enseignement de la religion catholique ou des enseignements alternatifs – une appréciation sur l'intérêt porté à leur enseignement et l'apport qu'en avait tiré chaque élève; en revanche, les enseignants de religion catholique participaient quant à eux aux délibérations du conseil de classe.

Par ailleurs, aux termes de l'article 1^{er} de la loi italienne n° 281 du 18 juin 1986, les élèves de l'école secondaire supérieure – l'équivalent du lycée en France – exercent personnellement, et non plus leurs parents, le droit de choisir de suivre ou non un enseignement religieux catholique ou conforme aux prévisions d'ententes avec d'autres confessions. Cette loi institue donc une majorité religieuse limitée, qui concerne les élèves en moyenne à partir de l'âge de 14 ans, et s'inscrit parfaitement dans le mouvement législatif qui reconnaît au mineur doté d'une maturité suffisante, généralement associée à un âge précis, la capacité pour exercer certains droits personnels tels que le consentement à son adoption, le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'IVG, etc.

Mais, même dans le cadre scolaire, force est de constater que l'autonomie religieuse conférée à l'enfant n'est que très relative et encore soumise, en amont, aux décisions parentales.

13. Corte cost., 14 janv. 1991, n° 13 (*Foro it.*, 1991: 365 et s. avec note de N. Colaïanni, «Ora di religione: "lo stato si non-obbligo"»).

14. *Dir. fam. e pers.*, 2010: 156-183, note de P. Cavana, «Insegnamento della religione e attribuzione del credito scolastico».

En effet, seuls les parents, en vertu de l'article 1^{er}, alinéa 5 de la loi du 18 juin 1986, peuvent faire la demande d'inscription de leur enfant mineur pour chaque classe de l'école secondaire supérieure. Or, c'est dans cette demande que doit figurer le document où l'élève déclare son choix de suivre ou non un enseignement religieux. Ce choix n'est donc pas à l'abri de toute influence. De surcroît, la liberté religieuse du mineur est subordonnée à la volonté de ses parents de demander ou non la création d'un cours de religion, à l'exception des élèves souhaitant suivre l'heure de religion catholique puisque cet enseignement est en tout état de cause organisé au sein de l'école. Par ailleurs, les parents demeurent maîtres du choix de l'école.

D'autres limitations résultent de l'adoption d'un calendrier scolaire fondé sur la tradition chrétienne. Des dérogations au principe d'assiduité sont admises, notamment dans les ententes passées entre l'État et l'Union italienne des églises chrétiennes adventistes du septième jour et l'Union des communautés juives italiennes, et des autorisations exceptionnelles d'absence sont généralement accordées aux élèves pour la célébration des fêtes religieuses de leur confession. Cependant, là encore, seuls les parents peuvent demander ces autorisations d'absence.

Enfin, le maintien de signes de présence catholique à l'école publique relative encore les rares espaces d'autonomie religieuse offerts à l'élève.

La persistance de symboles de la religion catholique au sein de l'école publique

En Italie, l'élève, quelles que soient ses croyances, peut encore être confronté à la présence de signes de la religion catholique au sein même de l'école publique, en particulier le crucifix, souvent accroché dans les salles de classe. Les juges italiens justifient de façon quasi unanime¹⁵ cette présence soit par des raisons culturelles, soit en se fondant – de façon paradoxale – sur le principe de laïcité¹⁶, marquant une très faible attention aux conséquences de la présence de ce symbole sur la libre formation de la conscience de l'enfant. L'arrêt de chambre de la CourEDH du 3 novembre 2009 condamnant à l'unanimité l'Italie pour violation de l'article 2 du Protocole n° 1 consacrant le droit

15. Voir cependant les exceptions suivantes: trib. civil de L'Aquila, 23 oct. 2003 (C. Pauti, «L'affaire du crucifix dans les écoles italiennes», *AJDA*, 2004: 746-750) et Cass., section pénale, n° 439, 1^{er} mars 2000 sur la présence de crucifix dans un bureau de vote.

16. En ce sens, TA Veneto, n° 1110, 17 mars 2005 et CE n° 556, 13 févr. 2006.

des parents d'éduquer leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques, conjointement avec l'article 9 de la CEDH proclamant la liberté de religion, faisait écho à son arrêt «Dahlab contre Suisse» du 15 février 2001, déclarant irrecevable la requête d'une institutrice d'école primaire qui jugeait contraire à l'article 9 de la CEDH l'interdiction qui lui avait été faite de porter le voile en classe face à ses jeunes élèves. En effet, dans son arrêt de 2009, la CourEDH rappelle l'importance de la neutralité de l'État dans le domaine scolaire car «le pouvoir contraignant de l'État est imposé à des esprits qui manquent encore (selon le niveau de maturité de l'enfant) de la capacité critique permettant de prendre distance par rapport au message découlant d'un choix préférentiel manifesté par l'État en matière religieuse» (§ 48)¹⁷. Néanmoins, après que la demande de renvoi présentée par le Gouvernement italien a été admise, la Grande Chambre de la CourEDH, dans un arrêt définitif du 18 mars 2011, req. n° 30814/06, a jugé au contraire par 15 voix contre 2 qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 et qu'aucune question distincte ne se posait sur le terrain de l'article 9 de la CEDH. Dans son § 70, la CourEDH estime que «le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur. La circonstance qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques [...] conforte au demeurant cette approche». Néanmoins, cette marge d'appréciation dont disposent les États lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, et notamment l'aménagement de l'environnement scolaire comme c'est le cas en l'espèce, et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques, ne peut aller jusqu'à des choix conduisant à une forme d'endoctrinement. Mais, la CourEDH estime, dans son § 71, que l'imposition du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, bien qu'elle «donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire», ne traduit pas une telle démarche de la part de l'État défendeur. Au soutien de son analyse, elle souligne que «cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme» et que «l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions»: notamment, «le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé, des aménagements sont prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des

.....
17. C. Pauti, 2010, «Crucifix dans les écoles: la CEDH condamne l'Italie», *AIDA*: 563-567.

pratiques religieuses non majoritaires, le début et la fin du Ramadan sont “souvent fêtés” dans les écoles et un enseignement religieux facultatif peut être mis en place dans les établissements pour “toutes confessions religieuses reconnues” (§ 39 ci-dessus)». La CourEDH va même jusqu’à avancer l’étrange et fragile argument selon lequel «rien n’indique que les autorités se montrent intolérantes à l’égard des élèves adeptes d’autres religions, non croyants ou tenants de convictions philosophiques qui ne se rattachent pas à une religion» (§ 74)... Ces éléments, témoignant de certaines libertés ou tolérances accordées aux élèves, ne «neutralisent»¹⁸ néanmoins pas l’affichage délibéré par les autorités publiques d’un État laïque d’un signe exclusif dont la CourEDH ne relativise pas la signification religieuse. L’acceptation d’un certain pluralisme religieux dans le cadre scolaire ne peut en effet servir de prétexte au maintien d’un certain privilège confessionnel imposé par l’État dans ce même lieu.

S’agissant de la question du respect de la liberté de conscience de l’élève, la CourEDH se borne, dans son § 66, à affirmer qu’«il n’y a pas devant la Cour d’éléments attestant l’éventuelle influence que l’exposition sur des murs de salles de classe d’un symbole religieux pourrait avoir sur les élèves; on ne saurait donc raisonnablement affirmer qu’elle a ou non un effet sur de jeunes personnes, dont les convictions ne sont pas encore fixées». Sans éléments concrets d’une influence nécessairement très délicate à évaluer, la CourEDH ne peut ainsi se satisfaire de «perceptions subjectives»¹⁹. Par ailleurs, à la différence de la Chambre ayant statué dans son arrêt du 3 novembre 2009 en faveur d’un «signe extérieur fort» (§ 54), la Grande Chambre de la CourEDH s’attache dans son § 72 à la signification passive du symbole du crucifix, ce qui permet de ne pas «lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses». On peut néanmoins s’étonner de la façon dont la CourEDH minimise l’impact éventuel de ce symbole, dont elle reconnaît «la visibilité accrue [...] dans l’espace scolaire» (§ 74), sur un public composé de jeunes «dont les convictions ne sont pas encore fixées» (§ 66), et donc nécessairement plus malléables...

Aux termes de ces développements, c’est un constat plutôt pessimiste qu’il est possible de dresser du respect de la liberté religieuse de l’enfant en Italie,

18. Terme utilisé dans son opinion concordante par le juge Rozakis à laquelle s’est ralliée la juge Vajic.

19. «La perception subjective de la requérante ne saurait à elle seule suffire à caractériser une violation de l’article 2 du Protocole n° 1.» (§ 66, CourEDH, 18 mars 2011)

dans sa famille ou au sein de l'espace scolaire, la récente décision de la Grande Chambre de la CourEDH, qui enlève tout espoir de protection de l'enfant au regard du crucifix, confortant cette analyse. En effet, l'exercice effectif de cette liberté par l'enfant présente un caractère hautement aléatoire car il dépend en grande partie tant de la bonne compréhension qu'ont les parents de leur mission que de l'interprétation que retient l'État du principe de neutralité.

Religious freedom of children in German law*

Heinrich de Wall

Freedom of faith as a child's legal right

The position that German law takes towards the religious rights of children is illustrated by a remarkable German Constitutional Court verdict. In the so-called Crucifix Verdict, it was in fact a minor who won the case. The issue was whether or not legislative powers were qualified to decree that a crucifix be hung in the classrooms of state schools. One of the Constitutional Court's arguments was that "studying under the cross" represented a breach of the pupil's religious freedom.¹

In the following, an explanation shall be given of the extent to which the German Constitution safeguards a child's freedom of faith. At the same time, the limitations placed on this right of children shall be outlined, especially those in the relationship between child and parent.

It is important to mention that in Germany, the term "Kind" (enfant, child) usually applies to a person who has not yet reached the age of fourteen. Fourteen- to under eighteen-year-olds are classified as "Jugendliche" (young people). We shall be concentrating here on the position of all minors, that is to say people under the age of eighteen. In doing so, it is worth pointing out that particularly in the field of religion, fourteen is a significant age.

Freedom of faith is guaranteed in Article 4 Section 1 and 2 of the German Basic Law. This is outlined thus:

Article 4

[Freedom of faith and conscience]

(1) Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable.

*. I would like to thank Lachlan McKay for the translation into English.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (= Verdicts of the German Constitutional Court – BVerfGE) 93, 18.

(2) The undisturbed practice of religion shall be guaranteed.

...

This regulation contains no age limitations whatsoever. The same applies to stipulations on freedom of religion in Article 140 of the Basic Law / Article 136 of the Constitution of Weimar.²

The other sections of the German Basic Law do not place restrictions upon the fundamental rights of minors either, and there is no general decree that these rights only apply as of a certain age.

The same applies to guarantees of religious freedom contained in the constitutions of the individual German *Länder* (federal states). Apart from that, it is worth mentioning that the German Federal Republic also signed the relevant international and European basic rights agreements, so that Laure Pubert's and Gérard Gonzalez' articles also apply to Germany. In other words, the stipulations that govern fundamental religious rights in Germany at the same time comprehensively cover those of children as well.³

It is self-explanatory, however, that children cannot take advantage of their basic rights in the same way as adults, neither in the field of religious freedom nor in the area of freedom of speech. A one-year-old is just as incapable of expressing its personal opinion as it is of acknowledging its faith. Only gradually does a child in the process of its development acquire the abilities that allow it to believe in, confess and practice a religion in the same way, as it little by little becomes capable of expressing an opinion or taking part in a protest.

.....
2. Article 140

[Law of religious denominations]

The provisions of Articles 136, 137, 138, 139 and 141 of the German Constitution of 11 August 1919 shall be an integral part of this Basic Law.

Article 136 of the German Constitution of 11 August 1919 (Weimar Constitution)

(1) Civil and political rights and duties shall be neither dependent upon nor restricted by the exercise of religious freedom.

(2) Enjoyment of civil and political rights and eligibility for public office shall be independent of religious affiliation.

(3) No person shall be required to disclose his religious convictions. The authorities shall have the right to inquire into a person's membership in a religious society only to the extent that rights or duties depend upon it or that a statistical survey mandated by a law so requires.

(4) No person may be compelled to perform any religious act or ceremony, to participate in religious exercises, or to take a religious form of oath.

3. Axel Frhr. v. Campenhausen, "Religionsfreiheit" ["Freedom of Religion"], in *Handbuch des Staatsrechts*, VII, ed. by Josef Isensee and Paul Kirchhof, 3rd ed. (2009), § 157, Margin No. 101; Wolfgang Rüfner, "Grundrechtsträger" ["Beneficiaries of Fundamental Rights"], in *ibid.*, vol. v, 2nd ed. (2000), § 116, Margin No. 19 ff.

Because of the limited ability of children to practice their basic rights, some speak of a “fundamental right maturity” as a prerequisite for the access to basic legal rights.⁴ This is, however, not a legal limitation, but rather a factual or natural barrier.

Legally, the state authorities are committed to protecting the exercise of religion by minors in the same way as by adults. Freedom of religion implies, for example, that authorities are not permitted to prevent a child from attending the parish Sunday school, regardless of how old the child is or whether the authorities consider it old enough to take part in it. Forcing a child to attend Sunday school is not admissible either. For example, in a case concerning whether school prayers were allowed, the court ruled that no pupil may be forced to take part in school prayers, and that reasonable alternatives be provided for, whereby no pressure may be placed upon pupils to attend the prayer session. This case also proves that freedom of faith must be upheld by the state, regardless of the subject’s age.

It is self-explanatory that in German law, too, freedom of religion has its limitations. In the same way that Article 9 Section 2 of the European Convention on Human Rights permits the legal limitation of religious liberties⁵, the German legal system, too, can allow parliamentary restrictions in the field of religion. This applies to religious participation among minors, too. However, the German legal position is even more comprehensive than in ECHR Article 9 Section 2. According to German law, freedom of religion may not be restricted simply in the interests of public safety or order, or any third party, but solely to protect legal positions already safeguarded by the German Constitution. In other words, under German law, freedom of religion receives more protection than in the ECHR.

Like all fundamental rights, freedom of faith is also protected in court. According to Article 19, Section 4 of the German Basic Law, any person whose rights are violated by public authorities may take legal action. The same naturally applies to the violation of fundamental rights. And according to

4. For more on this term, q.v. Rübner (Footnote 3), Margin No. 23.

5. Article 9 ECHR states the following:

Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 93, Section 1 4a of the Basic Law, anyone who claims that his basic rights have been violated can lodge an appeal with the Constitutional Court.

Freedom of religion among children, parental responsibility, and religious majority

We have to bear in mind, however, that despite the guarantee of religious freedom, the position of children is different to that of adults. Even if they are at a stage where they are able to participate in religious activities, children are neither able to conduct a court case, nor carry out administrative procedures. Children are indeed fundamentally incapable of making applications to administrative bodies, since they lack the natural ability to do so. Also, the law states that a person is only then allowed to take legal action once he has reached a certain age. As a rule, he has to be legally competent, that is to say at least eighteen years of age. Before that, he may only participate in a court case when he is represented by someone else. Consequently, if children wish to fight for a religious right before authorities or courts, they are dependent on a third party. Those given the task of standing in for children before authorities or courts are usually the parents themselves.⁶

Nevertheless, the child-parent relationship is not only characterized by the fact that in order to assert its religious liberties, a child is dependent on its parents' help. It is a known fact that during the development and education process, conflicts arise between the parents' standpoint and that of the child. The older the child becomes, and the more it develops the ability to form and develop an opinion of its own, the more likely it is that such conflicts will come about. The decision to participate in religious instruction is one area in which such differences of opinion may manifest themselves.

In the matter of their children's religion, parents have rights of their own which are protected as a basic right by the Constitution. Article 6, Section 2 of the German Basic Law reads: "The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them." Apart from that, parents also enjoy freedom of faith. The conclusion emanating from religious liberty and parental responsibility is that the religious upbringing of children is also a parental right, that is to say that it is the parents who

6. For the role of parents in upholding the fundamental rights of children see Rüfner (Footnote 3), Margin No. 23f.

possess the fundamental right to raise their children in a religious sense. The right given to parental guardians in Article 7 Section 2 of the Constitution to decide whether to allow children to attend Religion classes at state schools is one aspect of this. Admittedly, the privilege parents have to educate their children obviously has an effect on the freedom children have to acknowledge and exercise their own beliefs. However, the parent-child relationship is not covered by the fundamental rights clauses of the Basic Law and the constitutions of the Länder or by the European Convention on Human Rights or similar international agreements. Basic rights and human rights concern the relationship of individuals, be it parents or children, to the state. The parent-child relationship, on the other hand, is a legal relationship between private persons, and therefore cannot be classified as a legal basic right.

Nonetheless, the relationship between a guardian and a child is itself classified by the fact that both children (in the matter of religious freedom), and parents (in the matter of parental responsibility and freedom of religion before the state), enjoy fundamental rights. These potential conflicts between guardians (a role usually fulfilled by the parents), and their children are the main issue affecting a child's freedom of faith. In order to regulate individual positions within this parent-child relationship, it is therefore important to reflect on differences in parental and child beliefs and to harmonize these so that both parties can be given the best possible support. In Germany, this is called "practical concordance". Since the issue at hand is to avoid possible conflicts between the fundamental rights of both parents and children, it is the duty of the legislator to seek a solution to the problem.

This task was fulfilled by the German legislator in the Religious Education of Children Act of 15 April 1921. However, this issue is in itself somewhat different to the conflict that emanates between children on the one side and parents on the other. This law namely regulates the case of differences of opinion that arise between parents concerning the religious upbringing of their children. At the same time, an age limit is set in § 5 as to when a child is given the right to acknowledge its own faith. In this way, the law governing religious instruction includes aspects that go beyond its original field of application.

§ 5 of the Religious Education of Children Act states that once a child has reached the age of fourteen it is given the right to decide which creed it wishes to adhere to. The child is thus granted religious majority.⁷ From this time on,

7. Q.v. von Campenhausen (Footnote 3), Margin No. 102; Rübner (Footnote 3), Margin No. 24, with further evidence.

priority is given to the child's decision whenever parental responsibility conflicts with the child's beliefs. From the age of fourteen onwards, a child can exercise its faith independently or even against the will of its parents. Thus the right of guardians stipulated in Article 7 Section 2 of the German Constitution to have their children attend classes in Religion is handed over to the child once it has reached the age of fourteen⁸.

Enforcing the child's religious freedom

Since a child of fourteen is granted the right to decide upon its faith, and consequently to decide how it wishes to exercise its religious beliefs, it must at the same time be allowed to legally claim this right before the state. If for example a child is forced by the school board to participate in religious instruction, it should according to Article 19 Section 4 of the Basic Law be granted the right to challenge this decision. Because religious majority implies that a child is furthermore able to enforce this right against the will of its parents, it must consequently be given the opportunity to take legal action even if its parents do not share its opinion. In the aforementioned case, the girl would have had to be given the opportunity to legally challenge the school's decision, even if its parents had wished it to attend the class.

Accordingly, some authors believe that a minor who has reached religious majority at the age of fourteen is entitled to take legal action and may also cope independently with administrative procedures⁹.

Legally, this issue has so not yet been clarified. There are of course cases which children have won, such as the Crucifix Verdict. However, in all cases so far, the child's right to religious freedom was enforced with the help of the parents as legal representatives. I was not able to find a case where this

8. Bavaria and Saarland are an exception to the rule in that the decision whether to participate in religious instruction is set at the age of eighteen. This ruling is perpetuated in Article 125, Section 2 of the Constitution despite the regulation in Article 7, Section 2. However, the ruling is confined to attendance of religious instruction classes.

9. Ferdinand O. Kopp/Wolf Rüdiger Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar* [Administrative Court Regulations Act, Legal Commentary] (16th ed., 2009), § 62 Margin No. 5; Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar* [Administrative Procedures Act, Commentary] (11th ed., 2010), § 12 Margin No. 8a. A critical standpoint can for example be found in Gerhard Robbers, "Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht" ["Partial ability of minors to act in Administrative Law"], *Deutsches Verwaltungsblatt* (1987), 713.

freedom of faith was legally enforced without the support or against the will of the child's parents.

The reason for this may be because children even at the age of between fourteen and eighteen are so mentally and financially dependent on their parents that they do not initiate administrative or court proceedings. However, this completely factual or psychological relationship between parents and children is not necessarily the only explanation for it; there may also be legal grounds, because according to German law, minors between the age of seven and eighteen are only in part legally competent. Although able to enter into contracts, these have to be accepted by the child's legal guardians, usually the parents. This also signifies, however, that a contract with a lawyer on legal assistance in a court of law is dependant on parental permission. In cases where parents and children have differing concepts on the practice of religious liberties, the parents would not be likely to permit a contract with a solicitor in which this party represents the child in its legal battle for its concept of religious freedom. It would in fact be risky for a lawyer to make such a contract with a child.

Despite the fact that in the first instance legal assistance is not necessarily required in court, it is almost impossible for a minor aged between fourteen and eighteen to successfully conduct legal proceedings without a solicitor, and a young person of this age is unlikely to lodge a complaint without the help of a lawyer. It is therefore not surprising that court verdicts apparently do not exist which would attest partial legal competence to a child to sign a contract with a solicitor who would represent it in court. Although this would be logical enough, this has not yet been decided upon, perhaps because such legal battles have not so far been fought by children. Therefore, the legal question remains, if religious majority includes legal competence to sign contracts which are necessary or helpful to enforce the minor's right to freedom of religion.

Religion in school and child freedom of religion

A particularly important issue in the matter of religious freedom for children is, as may by now be apparent from the examples given, religion in school, where children naturally are the subject involved. The law courts have in several cases had to decide to what extent religious school activity is permissible. In one such case, the issue was religious activities carried out

by the school itself, notably a prayer session which took place outside of the class period, but which was nevertheless organised within the school and by the school. The Constitutional Court declared that such a prayer session was acceptable as long as pupils had a reasonable opportunity to opt out.¹⁰ This example shows that the German system is not strictly secular, but does permit religious activity in schools as well. The religious liberty of pupils is at the same time protected in that the system avoids putting pressure on them to take part in these activities. At the same time, the Constitutional Court pointed out that psychological pressure on pupils was not admissible either, since it could for example turn them into outcasts.¹¹ This said, when pupils nowadays fail to attend a school prayer session, they are hardly likely to be treated as a pariah. Another issue which was recently dealt with in different ways is whether pupils should be given the chance in the school ground to indulge in religious activities. For example, a school board prohibited a Muslim pupil from performing a prayer ritual in the playground, after which he demanded that a room be provided for his prayers. Although the Administrative Court spoke out in favour of the pupil¹², the Higher Administrative Court dismissed his appeal.¹³ No final decision has yet been made. It must be pointed out that according to German law, because its schools are not secular institutions, religion has a place in them, albeit not in the classroom. There is no obvious reason to prohibit a pupil from saying his prayers during a break. If other pupils feel disturbed by him, it is only logical that a separate room be provided for this purpose, as long as this is possible.

In view of the fact that the German system is not secular, but instead religiously neutral, religious instruction, too, ought to be a natural occurrence. As already mentioned, there is no compulsion to attend classes in Religion. On the contrary, guardians (and pupils aged fourteen and over) possess the right to opt out of Religion. It is only logical to conclude that religious instruction does not stand in the way of religious liberty, but in fact complements it. Religious instruction should give pupils the foundation with which they can develop their own religious standpoint. They ought to be provided with the knowledge they require about their respective faith. In this way, the state can

10. BVerfGE [Constitutional Court Verdict] 52, 223.

11. BVerfGE [Constitutional Court Verdict] 52, 248.

12. Verwaltungsgericht (Administrative Court) of Berlin, Verdict of 29 September 2009, 3 A 984.07, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) -Rechtsprechungsreport [legislative report] 2010, 189.

13. Oberverwaltungsgericht (Higher Administrative Court) of Berlin, Verdict of 27 May 2010, OVG 3 B 29.09, NVwZ 2010, 1310.

make a positive contribution to parental religious responsibility and to the religious development of children.

It is of course debatable whether the age of fourteen is a sensible limit with which to separate parental responsibility from the religious liberty of children. An argument in favour of this age is that Christian denominations look upon it as being the life stage at which children normally acknowledge their faith, be it in Catholic or Protestant confirmation ceremonies. It can indeed be said that the religious practices of the main denominations in Germany are in accordance with the state demarcation between freedom of faith and parental responsibility.

Le statut juridique de l'enfant dans la Loi juive

Journée d'études
Liberté religieuse de l'enfant :
Égalité ou différence de traitement ?
La question particulière des discriminations
au regard de la liberté religieuse de l'enfant
Maison Interuniversitaire
des Sciences de l'Homme – Alsace
29 octobre 2010

.....
Gabrielle Atlan
Maître de conférences d'hébreu (INALCO)

À travers l'ensemble des littératures biblique et rabbinique, le statut juridique de l'enfant n'est évoqué que de façon très succincte. À l'inverse de la femme qui, elle, se voit consacrer une abondante littérature juridique, aucun traité talmudique n'est dédié au statut de l'enfant. La question de la majorité et de la minorité de l'enfant n'interpelle les docteurs de la Loi juive que ponctuellement, notamment dans les affaires de témoignage ou d'héritage. Pourtant, l'enfant occupe une place centrale dans le judaïsme. De fait, les enfants sont les maillons indispensables de la chaîne ininterrompue de la transmission du patrimoine culturel et religieux du peuple juif. Les parents, quant à eux, sont responsables au premier chef de leur éducation et surtout de la transmission du judaïsme.

Dans le présent article, nous examinerons les moyens par lesquels les enfants sont placés au cœur du dispositif de cette transmission. Ainsi, nous aborderons la question de l'identité, la circoncision, l'attribution du prénom, la majorité religieuse et enfin la centralité de l'éducation et de la transmission dans la construction de l'identité de l'enfant. Le cadre de mon propos étant la Loi juive, il convient au préalable de la définir brièvement pour éviter toute confusion.

La Loi juive

Le terme hébraïque qui définit la Loi juive est *Halakhah*. Dérivée du verbe *halokh* qui signifie « marcher »¹, elle indique la marche à suivre en toutes circonstances, s'étendant à tous les domaines de la vie. La *Halakhah* englobe aussi bien les lois à caractère religieux, régissant les relations de l'homme à Dieu, que les lois à caractère social, régissant les relations des hommes dans la société.

Il est important de souligner qu'en diaspora, les Juifs adhèrent à la Loi du pays dans lequel ils vivent, en vertu d'un principe fondamental du Talmud : *Dinah de-malkhouta dinah*² – « La Loi du pays est la Loi » – principe qui guide rigoureusement leur vie en diaspora.

Ainsi, en France, depuis le vote de la Constituante du 27 septembre 1791 qui conféra la citoyenneté française aux Juifs de France, nul mariage ou divorce religieux relevant exclusivement des juridictions religieuses ne saurait avoir lieu sans avoir été précédé du mariage ou du divorce civils.

Quant aux lois à caractère religieux, celles qui n'impliquent que l'individu dans sa relation à Dieu, telles que la pratique du Shabbat et des fêtes, la circoncision, l'alimentation *casher*, etc., autrement dit les lois qui relèvent de la sphère privée sont toujours applicables quels que soient le temps et l'espace.

Il faut enfin préciser que le droit israélien qui, pour des raisons historiques, est un mélange de droit ottoman et de droit anglais, ne repose pas sur la Loi juive sauf pour ce qui concerne le statut personnel des citoyens israéliens (mariage et divorce)³. Juifs, Chrétiens et Musulmans israéliens doivent s'adresser à leurs juridictions religieuses respectives car le mariage civil n'existe pas⁴ conformément aux lois fondamentales de l'État d'Israël⁵.

Nous examinerons le statut de l'enfant dans la Loi juive tel qu'il apparaît dans les textes fondateurs du judaïsme : la Torah, le Talmud et l'ensemble de la littérature rabbinique à l'exclusion du droit israélien.

L'identité juive de l'enfant

La question de l'identité est un sujet récurrent dans le débat qui anime les communautés juives contemporaines à travers le monde, mais également la société israélienne.

Pour résumer l'enjeu du problème, on peut affirmer que deux courants se côtoient. Le premier, le judaïsme traditionaliste et orthodoxe⁶, ne reconnaît

que la matrilinearité de l'identité de l'enfant, c'est-à-dire que seule la mère détermine l'identité de son enfant. Autrement dit, l'enfant n'est juif que si sa mère est juive. Le deuxième courant, le judaïsme libéral, estime quant à lui qu'il faut également admettre le principe de la patrilinearité de l'identité de l'enfant. Le père, s'il est juif, devrait donner naissance à des enfants juifs quand bien même la mère ne serait pas juive.

Admettre la patrilinearité de l'identité de l'enfant résoudrait évidemment le problème du mariage exogame, communément appelé mariage mixte, et de l'une de ses conséquences les plus dramatiques : le problème de l'identité de l'enfant issu de ce type d'union.

Sans entrer dans ce débat, il convient d'indiquer que les deux courants fondent leurs thèses sur la Bible et le Talmud mais également sur l'histoire.

Toutefois, pour ne pas focaliser sur cette question, je me contenterai de m'en tenir aux textes juridiques de référence dans le judaïsme traditionnel depuis le ^{xv}^e siècle⁷, dans lequel se reconnaît la très grande majorité des Juifs à travers le monde.

L'identité et le statut juridique de l'enfant dépendent donc de la nature de sa filiation, c'est-à-dire de l'identité et du statut de ses géniteurs au moment de sa conception.

En ce qui concerne l'identité de l'enfant, la condition *sine qua non* de sa judéité est que sa mère soit juive⁸ : un enfant est juif si sa mère est juive au moment de la conception, que le père soit juif, non juif ou inconnu.

Quant au statut de l'enfant, plusieurs cas sont à considérer :

- si la mère est célibataire, l'enfant est légitime, que le père soit juif ou non juif, célibataire ou marié. L'enfant n'a pas le statut d'enfant naturel comme dans l'ancien Code civil ;
- un enfant né d'un homme qui n'est pas le mari de sa mère est présumé être le fils du mari de sa mère, à défaut de preuves⁹. Le Talmud¹⁰ porte : « Un homme et une femme, accompagnés de leurs enfants et vivant en famille, sont considérés comme mariés et leurs enfants légitimes, sans qu'il soit besoin d'autre preuve »¹¹. Le *Shulhan Arukh*, Code normatif du judaïsme, va plus loin : « Les enfants nés pendant le mariage ont pour père le mari et ce, quand bien même l'opinion publique désignerait la femme comme adultère. »¹² ;
- enfin, si l'enfant est le fruit d'une relation adultérine ou incestueuse de notoriété publique, il a le statut de *mamzer* : enfant adultérin ou illégitime.

Le statut juridique de l'enfant *mamzer*, d'origine biblique¹³, est l'un des sujets les plus douloureux que connaisse la Loi juive. En effet, l'enfant *mamzer* est juif à part entière puisque sa mère est juive. Il est donc soumis aux mêmes commandements que n'importe quel autre juif légitime. Il a les mêmes droits et devoirs¹⁴ mais son statut de *mamzer* l'oblige a priori à n'épouser qu'un autre *mamzer*. Cette loi est certes d'une extrême dureté, mais il est rarissime de pouvoir authentifier un enfant *mamzer* car tout enfant bénéficie de la présomption de paternité. En outre, si un *mamzer* ne divulgue pas son statut et épouse une personne de statut différent, il est conseillé, selon les rabbins, de feindre d'ignorer son état de *mamzer* pour ne pas le discréditer, afin de faciliter sa réintégration et lui permettre de connaître une vie normale au sein du peuple juif.

L'extrême rigueur de cette loi a poussé les rabbins à puiser dans les méthodes d'interprétation de la Loi juive, les moyens d'annuler rétroactivement une telle tare afin de légitimer l'enfant, notamment lorsque le mariage de la mère comportait un vice de forme pouvant être mis au jour. L'invalidité des témoins du mariage ou un vice dans le contrat de mariage de la mère (*Ketoubba*) sont les moyens les plus courants pour invalider rétroactivement un mariage¹⁵. Il faut toutefois préciser que seul un tel cas de figure justifie l'annulation rétroactive d'un mariage dans le judaïsme traditionnel.

La circoncision

C'est le premier rite auquel l'enfant est soumis au huitième jour de sa vie. Par la circoncision, premier événement de la vie de l'enfant en tant que juif, la communauté, *via* le père, introduit l'enfant dans l'alliance d'Abraham¹⁶ et dans l'histoire du peuple juif. La famille de l'enfant et les membres de la communauté étant présents pour célébrer l'événement, ce rite revêt un sens collectif de première importance. Par la circoncision, le père veille à ce que le corps de son fils ressemble au sien, l'inscrivant ainsi dans une tradition plurimillénaire.

À la différence de ce qui est pratiqué dans d'autres religions, la circoncision dans le judaïsme consiste en l'ablation du prépuce et à la libération du gland. Bien que faisant partie des lois (*Huqim*) qui dépassent l'entendement¹⁷ et qui en principe ne trouvent pas d'explication rationnelle, de nombreux commentateurs, parmi lesquels Maïmonide¹⁸, confèrent à cette pratique une valeur éminemment éducative et morale. L'une des vertus de la circoncision

est notamment l'atténuation de la libido attribuée à l'émoussement de la sensibilité nerveuse du gland découvert, dû au frottement incessant aux vêtements, provoquant à son tour le durcissement de la peau¹⁹. Ainsi, dès le huitième jour de sa vie, l'enfant est mis sur la voie de la maîtrise de soi, première étape de son éducation juive.

Lors de la cérémonie, une bénédiction formule le vœu suivant : « De même que l'enfant est entré dans l'alliance d'Abraham, il célébrera sa *bar-mitsva* [majorité religieuse], se mariera et accomplira de bonnes actions. »

Depuis la plus haute Antiquité, de nombreuses vertus d'ordre hygiénique et prophylactique ont été attribuées à la circoncision. Pourtant, bien qu'à son tour, la médecine moderne les ait largement admises²⁰, ces vertus n'en demeurent pas moins des conséquences et non l'objectif de cette pratique qui, elle, reste d'ordre moral. La circoncision est perçue comme le sceau du divin dans la chair de l'homme afin de sanctifier l'instinct sexuel sans pour autant le condamner ni même le réprimer.

De nombreuses études sociologiques menées au sein de la population juive dans le monde montrent que le rite de la circoncision est le seul auquel les Juifs n'ont jamais renoncé au cours de leur histoire, même dans les périodes de péril collectif²¹. Il n'est pas l'apanage des plus zélés car même ceux qui revendiquent fortement leur laïcité ou qui renient toute forme de pratique religieuse font circoncire leur fils au huitième jour de leur vie, ne s'octroyant qu'en de rarissimes exceptions la liberté de passer outre cette tradition ancestrale.

L'attribution d'un prénom à l'enfant

Attribuer un prénom juif à un enfant n'est pas un acte anodin. Les rabbins estiment même que le choix du prénom est déterminant dans la destinée de l'individu²². Il exprime l'essence même de la personne, inspire l'identité future de l'enfant et l'inscrit dans l'histoire. C'est la raison pour laquelle les parents veillent à ce que le prénom choisi soit porteur d'heureux présages²³.

Outre l'aspect identitaire, le prénom définit également la filiation. En effet, pendant des siècles et jusqu'à l'émancipation juridique des Juifs au XVIII^e siècle, ces derniers ne possédaient pas de patronyme et se définissaient uniquement par leurs prénoms et ceux de leur père, indiquant ainsi leur filiation. Par exemple : « Jacob fils d'Isaac fils d'Abraham ».

Aujourd'hui encore, dans tous les actes de la vie religieuse, les individus sont nommés « X (prénom) fils de Y (prénom) ». Encore de nos jours,

les actes de mariage et de divorce religieux mentionnent les noms de cette façon, remontant parfois jusqu'à la troisième génération, voire plus lorsque la famille est de noble lignée. Les témoins signataires de ces actes apposent leur signature de la même manière.

Dans les communautés séfarades, il est de tradition que le premier garçon d'une famille porte le prénom de son grand-père paternel et que la première fille porte le prénom de sa grand-mère paternelle. Les autres enfants portent en général les prénoms des grands-parents maternels ou d'une personne à laquelle les parents veulent rendre hommage ou dont ils veulent perpétuer la mémoire.

Au sein des communautés ashkénazes, donner à l'enfant le même prénom que son grand-père de son vivant serait de mauvais augure pour ce dernier mais, lorsqu'il est déjà décédé, c'est au contraire l'honorer et perpétuer sa mémoire.

L'enfant est nommé publiquement pour la première fois au moment de la circoncision et le choix de cet instant n'est pas le fruit du hasard. Lui aussi comporte indéniablement un aspect éducatif. En effet, lors de la nomination, l'enfant acquiert sa propre identité, indépendante de celle de sa mère avec laquelle il vivait une relation fusionnelle depuis l'époque de sa vie intra-utérine. Alors qu'à huit jours, le bébé fait encore partie intégrante de sa mère, qu'il est généralement nourri par le corps de celle-ci par l'allaitement, il lui est enlevé pour quelques instants pour procéder à la circoncision et tel le point d'orgue de cette cérémonie, un prénom lui est attribué publiquement et officiellement, marquant ainsi son intronisation dans la communauté, comme individu à part entière.

La nomination de la fille se déroule généralement à la synagogue, lorsque le père est appelé à lire la Torah pour la première fois après sa naissance. Cette nomination donne lieu à une lecture de *Psaumes* spécifiques et à des réjouissances mais aucun rite particulier n'y est véritablement attaché²⁴.

La majorité religieuse

La *Bar-mitsva* (pour le garçon)

Le deuxième moment important de la vie d'un enfant est celui de sa majorité religieuse. *Bar mitsva* signifie « fils du commandement ». En araméen, *bar* signifie fils et *mitsva* est un commandement en hébreu. La fille, quant à elle, devient *bat mitsva* (« fille du commandement »).

Dès l'âge de la majorité religieuse, le garçon, âgé de 13 ans et un jour, désormais appelé *gadol* (grand ou majeur) et la fille appelée *gedolah* (grande ou majeure) âgée de 12 ans et un jour, sont tenus d'accomplir les commandements de la Torah, d'où le nom *bar-mitsva* ou *bat-mitsva*.

L'enfant a le statut de mineur, en hébreu *qatan* (petit ou mineur), avant 13 ans pour le garçon et 12 ans pour la fille, laquelle est appelée *qetannah* (petite ou mineure). Cela signifie que l'enfant mineur n'est pas responsable de ses actes devant la Loi et n'est pas tenu d'accomplir les commandements de la Torah. Le père est responsable à sa place, aussi bien devant Dieu que devant les hommes. S'il est l'auteur de dommages à l'égard d'un tiers, le père est astreint à réparations. D'où l'importance extrême accordée à l'éducation de l'enfant. Si le père vient à décéder, le tribunal rabbinique de la ville nomme un tuteur chargé de veiller sur son éducation et ses intérêts jusqu'à sa majorité religieuse, à moins que le père n'ait désigné lui-même un tuteur avant son décès.

La cérémonie

La cérémonie de la *bar-mitsva* compte de nombreux rites qui tous marquent ostensiblement l'entrée du mineur dans le monde des adultes²⁵. Tels les hommes majeurs, il va, lors d'une cérémonie publique et festive, devenir membre à part entière de la communauté. Les signes extérieurs indispensables à ce changement de statut sont le port du *Talith* (châle de prières) à la synagogue, la pose des phylactères²⁶ et sa participation au quorum. Il s'agit du nombre de dix hommes requis pour lire les rouleaux de la Torah à la synagogue ainsi que pour prononcer le *Kaddish*, prière que récitent les endeuillés. Le jeune garçon, préparé de longue date à cette cérémonie, mène généralement l'office à la synagogue, fait la lecture de la péricope et de la *Haftarah* (un texte des Prophètes) et prononce un discours portant sur un sujet biblique ou religieux devant les membres de la communauté.

Le père, moralement et juridiquement responsable de l'éducation de son fils, a la charge de mener à bien son éducation afin de le conduire à conclure son alliance avec la Torah. Pour cette raison, lors de la cérémonie, il prononce la bénédiction suivante à la synagogue: «Béni soit Celui qui me dispense désormais de porter la responsabilité des fautes de mon fils.»

L'âge de la majorité religieuse correspond de toute évidence au début de la puberté et, selon les rabbins, c'est l'âge où l'adolescent(e) devient apte à contrôler ses désirs.

Droits et obligations juridiques liés à la majorité religieuse du garçon

1. Il peut *a priori* se marier à condition que sa puberté soit avérée, mais les Sages ne préconisent son mariage qu'à partir de 18 ans²⁷.
2. Il est habilité à témoigner dans un tribunal car, avant 13 ans, l'enfant est juridiquement assimilé à un retardé mental, c'est-à-dire un individu dénué de discernement.
3. Il peut être membre d'un tribunal rabbinique, puisqu'il est lui-même soumis à l'ensemble des commandements.
4. Il peut *a priori* acheter ou vendre une propriété.
5. S'il formule un vœu, il est tenu de le concrétiser²⁸.
6. Il compte dans le quorum de dix hommes à la synagogue.
7. Il doit respecter père et mère avec le même zèle et respecter ses maîtres tout autant que ses parents.
8. Il doit aider ses parents matériellement s'ils sont dans le besoin.

Dès que l'enfant est en âge de parler, le père se doit quant à lui de veiller à lui fournir un maître. Il lui est d'ailleurs interdit d'habiter dans une ville où il n'y aurait ni école, ni médecin.

Il a le devoir de veiller à son bien-être, de lui apprendre à nager, de lui donner un métier et de l'aider à se marier.

Le père n'est pas tenu de subvenir aux besoins de son fils s'il est majeur et autonome financièrement. Par conséquent, il a droit de regard sur les revenus de ce dernier s'il vit encore sous son toit²⁹. Si le père subvient néanmoins aux besoins de son fils, c'est comme s'il lui faisait l'aumône, au moins au plan juridique.

La *Bat-mitsva* (pour la fille)

La fille a un statut assez différent du garçon car si l'âge de 12 ans et un jour lui confère le statut de majeure, le passage à l'âge adulte des filles n'a jamais donné lieu à une cérémonie particulière dans l'histoire.

L'expression *bat-mitsva* n'apparaît qu'une seule fois dans le Talmud³⁰ au sujet de l'âge où la fille est soumise aux obligations de la Loi juive au même titre que les adultes. Ainsi, le Talmud stipule que le jeûne de *Kippour* incombe au garçon âgé de 13 ans révolus et à la fille âgée de douze ans révolus³¹.

Au XIX^e siècle, quelques indications de reconnaissance publique du changement de statut de la fille sont attestées, essentiellement en Europe occidentale et orientale, en Italie, en Égypte ainsi qu'à Bagdad. Mais c'est indéniablement sous l'influence du Christianisme, d'une part, et de l'émergence des mouvements

libéraux et féministes, d'autre part, que la *bat-mitsva* est devenue la version féminine de la *bar-mitsva*. Depuis la fin du xx^e siècle particulièrement, la *bat-mitsva* en milieu libéral en revêt tous les aspects (lecture publique de la Torah par la fille à la synagogue, port du talit et parfois des phylactères). En milieu traditionaliste ou orthodoxe, en revanche, on se contente de célébrer l'événement dans l'intimité pour inciter la jeune fille à la discrétion, ou éventuellement d'un discours prononcé devant les membres de la communauté. Aujourd'hui, libéraux et orthodoxes à travers le monde s'entendent pour dire que même si la cérémonie de la *bat-mitsva* n'a pas de fondement scripturaire ou historique sérieux, elle est l'occasion d'encourager l'éducation juive des filles, de les responsabiliser et de les stimuler à l'étude et à la transmission des rites du judaïsme.

Éducation et rôle des parents

Les parents jouent un rôle fondamental et déterminant dans l'éducation des enfants. Les maîtres n'ont pas vocation à se substituer aux parents dans l'éducation des enfants mais à leur transmettre un enseignement qui conforte l'éducation des parents et va dans le même sens. Si les *Proverbes* préconise l'usage du bâton dans l'éducation de l'enfant³², c'est évidemment une image forte destinée à fustiger la permissivité et la liberté absolue de l'enfant qui, tel un jeune arbre, a besoin d'un tuteur pour pousser dans la bonne direction. Les parents, quant à eux, sont mis en garde contre les dérives d'une éducation où l'enfant serait roi.

Le judaïsme étant fondé presque exclusivement sur la pratique, les rites y tiennent une place essentielle dans l'éducation de l'enfant qui est amené à les intégrer et à les reproduire au quotidien, au sein de la famille, lors du *Shabbat*, des fêtes, des repas, dans les chants et les prières mais également les bonnes actions.

C'est pendant les premières années de la vie de l'enfant, alors que celui-ci est juridiquement irresponsable, que les parents doivent dispenser l'essentiel de leur éducation, fondée sur la transmission de repères et de valeurs morales, du respect et de l'amour de l'étude. Il appartient aux maîtres d'enseigner la Loi et ses fondements mais également de donner l'exemple par une morale et un comportement exemplaires.

Le *Traité des Pères*, qui décrit les différentes étapes de la vie d'un homme, suggère un programme d'études de difficulté croissante et préconise même

un plan de vie : « À cinq ans, on doit commencer l'étude de la Bible, à dix ans, celle de la *Mishnah*³³, à treize ans on est soumis à l'accomplissement des commandements, à quinze ans, on aborde l'étude du Talmud³⁴, à dix-huit ans, on doit envisager le mariage et à vingt ans, on doit entrer dans la vie active. »³⁵

Centralité de l'éducation et de la transmission

Dès que l'enfant est en âge de parler et de comprendre, il est encouragé à accompagner ses parents à la synagogue où quelques responsabilités gratifiantes lui sont confiées. Certains passages de la liturgie lui sont exclusivement réservés et il est encouragé à venir placer les ornements (*rimonim*) sur les rouleaux de la Torah avant leur retour dans l'Arche Sainte.

L'être humain étant comparé à l'arbre des champs³⁶, il est de coutume de ne pas couper les cheveux de l'enfant pendant les trois premières années de sa vie, tel l'arbre fruitier dont on ne consomme pas les fruits pendant les trois premières années. Le jour de son troisième anniversaire, une tradition de plus en plus répandue veut qu'on organise une fête en l'honneur du petit garçon pour procéder à sa première coupe de cheveux. À cette occasion, on lui présente sur un plateau des gâteaux de pain d'épices en forme de lettres hébraïques ou les mêmes lettres dessinées avec du miel que l'enfant lèche avec gourmandise une fois lues.

L'enfant est certes élevé dans le respect de ses parents et de ses maîtres mais il est sans cesse encouragé à s'étonner et à questionner car la construction de son identité ne peut se faire que par ce biais. En hébreu, un fils se dit *ben*. Ce terme comprend la racine hébraïque qui indique à la fois la construction et le discernement car l'enfant est un adulte en devenir, appelé lui-même à transmettre et qui, pour ce faire, doit être en mesure de s'approprier intelligemment le patrimoine de ses ancêtres.

Mieux que n'importe quel autre événement du calendrier hébraïque, la Pâque juive (*Pessah*) est le temps par excellence de la transmission et constitue la meilleure illustration de notre propos. Lors de la soirée pascale qui commémore la sortie d'Égypte et le passage des Hébreux de l'esclavage vers la liberté, l'enfant occupe une place essentielle. Dès le début du récit de la sortie d'Égypte figurant dans la *Haggadah* (le récit), le plus jeune enfant de la famille en âge de parler et de comprendre est invité à chanter une partie du récit qui consiste en une série de questions sur la spécificité de cette fête. Cet instant comme tant d'autres tout au long de la soirée, retient toute l'attention du reste

de la famille qui, investie du devoir de transmission, voit dans ce moment spécifique, un véritable passage de relais.

Durant le récit de la soirée pascal qui se prolonge jusque tard dans la nuit, les enfants sont sans cesse sollicités pour être tenus éveillés, susciter leur curiosité, leur faire poser des questions, lire, comprendre et commenter le récit de la sortie d'Égypte avec les adultes. L'ensemble du récit – telle une réponse à leurs questions – s'adresse à eux et les incite à s'identifier à leurs ancêtres. Le récit de la sortie d'Égypte se fait d'ailleurs à la première personne du pluriel et le sentiment d'appartenance au groupe y est exacerbé : « Hier, nous étions esclaves, aujourd'hui, nous sommes des hommes libres. » Le passage de relais de l'identité s'effectue lors de cette fête mémoriale et centrale dans le judaïsme.

Les fêtes juives ne sont pas des moments où, dans les familles, les adultes affectionnent de se retrouver entre eux pour bavarder une fois les enfants couchés. Bien au contraire, la présence des enfants qui est en soi une bénédiction au sein de la famille, justifie la célébration des fêtes juives et en assure la pérennité.

Tout au long de cette étude, nous avons pu comprendre que tous les rites attachés à la vie de l'enfant ne visent en réalité qu'à la transmission du judaïsme, car l'enfant est le dépositaire de la Tradition et représente l'avenir du peuple juif. La mission qui lui est confiée justifie à elle seule l'importance et parfois le faste accordés aux différentes cérémonies qui jalonnent sa vie d'enfant.

Si la notion de majorité et de minorité sont des normes dans tout système juridique, il convient néanmoins de rappeler que bien que défini dans les textes juridiques hébraïques, le principe de flexibilité de la Loi est, quant à lui, supérieur en cas de force majeure.

Pour illustrer notre propos et reprendre notre définition de la Loi juive figurant en bonne place dans notre introduction, je voudrais présenter un cas juridique mettant en jeu le témoignage d'un enfant, assez caractéristique et révélateur du fonctionnement de la Loi juive.

Rappelons une nouvelle fois que le témoignage d'un mineur n'est pas recevable³⁷. En revanche, et c'est là l'un des cas les plus intéressants du droit hébraïque, son témoignage est recevable dans un cas bien précis : celui de la femme dont on ignore le sort du mari et qui ne peut se remarier tant qu'elle n'a pas la certitude absolue de sa mort, pouvant être attestée par un témoin. Cette femme reste « enchaînée » à son mari, une *'agouna*, faute de preuve de la mort de son mari. Dans ce cas de figure, si un enfant mineur venait à témoigner de la mort du mari, son témoignage serait valide³⁸. Les rabbins préconisent

d'admettre un tel témoignage afin d'éviter que la femme ne demeure « enchaînée » à vie à un mari absent. En outre, si la femme venait à cohabiter avec un autre homme, elle serait coupable d'adultère et les enfants qu'elle pourrait mettre au monde auraient le statut de *mamzer*, enfants adultérins³⁹.

Pour éviter un tel drame, les rabbins sont tenus de faire usage de la flexibilité de la Loi juive, qui dans son essence est vouée au mouvement et à l'adaptation en fonction des besoins liés au temps et à l'espace. Dans ce cas précis, le témoignage d'un mineur est recevable en dépit des lois que nous avons évoquées au cours de cette étude car la Loi juive autorise certains aménagements en cas de nécessité absolue. Il y va de sa viabilité et de sa pérennité.

Bibliographie

- A. ATLAN, 1995, *La Circoncision*, Paris, éd. A. Atlan, Paris.
- G. ATLAN, 2002, *Les Juifs et le divorce, droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Berne, Peter Lang.
- M. CHARLEVILLE et E. SAUTAYRA, 1869, *Code rabbinique, Even ha-'Ezer*, Tome I et II, Alger.
- M. ELON, 1997, *Ha-mishpat ha-Ivri, Toldotav, Meqorotav, Eqrnotav* [Jewish Law, History, Sources, Principles], Jérusalem, Magnes Press, 3 vol. [Heb.].
- C. KLEIN, 1990, *Le droit israélien*, Paris, P.U.F, coll. Que sais-je ?
- M. MAÏMONIDE, 1979, *Le Guide des Egarés*, Paris, Verdier, « Les Dix Paroles ».
- M. MAÏMONIDES, 1984, *Mishneh Torah*, Jérusalem, Mossad Harav Kook [Heb.].
- E. MUNK, 1978, *La voix de la Thora*, Paris, éd. Samuel et Odette Lévy, 3^e édition.
- A. STEINSALTZ, 1987, *Introduction au Talmud*, Paris, Albin Michel.
- A. STEINSALTZ, 1994, *Le Talmud*, Paris, Ramsay.

La liberté religieuse de l'enfant pour le catholicisme¹

Guillaume Bernard²

Introduction. La pluralité des approches

La liberté religieuse, proclamée par les diverses déclarations (généralistes et spécifiques) des droits fondamentaux³, a déjà fait l'objet d'un certain nombre d'études permettant de mieux la cerner⁴. Il a été fait remarquer, d'une part, qu'il existe différentes manières de l'aménager, aussi bien par le biais d'une loi de séparation que par une Église « établie »⁵ et, d'autre part, qu'elle doit être distinguée de libertés certes voisines mais distinctes comme celle de conscience⁶. En outre, s'il peut y avoir une incompatibilité entre la protection de la liberté religieuse, d'un côté, et les droits de l'homme, de l'autre⁷, d'aucuns considèrent que la restriction de la première au nom des

1. Communication à la journée d'études « Liberté religieuse de l'enfant : égalité ou différence de traitement ? » réunie à Strasbourg, le 29 octobre 2010 par le PRISME (Politique, Religion, Institutions et Sociétés), unité mixte de recherche (UMR 7012) du CNRS et de l'université de Strasbourg.

2. Maître de conférences (HDR) à l'ICES (Institut catholique d'études supérieures) et à l'IEP (Institut d'études politiques) de Paris.

3. Art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), art. 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), art. 2 du premier protocole additionnel à la CEDH, art. 10 de la Déclaration des droits de l'enfant (1959), art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), art. 14, 18 et 30 de la Convention internationale des droits de l'enfant (1989), etc.

4. Cf. not. J. Robert, 1994, « La liberté religieuse », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2 : 629-644 ; G. Gonzalez, 1997, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, Economica et 2006, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant ; E. Tawil, 2009, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse, Le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, préf. de L. Mayali, Aix, PUAM.

5. Fr. Messner (dir.), 2002, *Le statut des confessions religieuses des États candidats à l'Union européenne*, Milan, Giuffrè.

6. J. Dufaux et alii, 2005, *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français*, Paris, Cerf, 2^e éd. : 9.

7. M. D. Evans, 2002, « The evolution of religious freedom in international law: present state and perspectives », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, J.-F. Flauss (dir.), Bruxelles, Bruylant : 15-56 (en particulier : 47 et s.).

droits fondamentaux pourrait être utilisée de manière discriminatoire par la puissance politique contre certaines communautés religieuses (notamment minoritaires)⁸. Par surcroît, l'autonomie de l'individu dans son droit (théorique) de choisir (ou de changer) de religion est (concrètement) assez relatif dans le sens où la personne est nécessairement influencée par son environnement social. Cette question peut être illustrée par la rencontre, d'un côté, de la responsabilité des parents de choisir la meilleure éducation pour leurs enfants et, de l'autre, la dignité de ces derniers s'opposant à leur endoctrinement ou leur maltraitance⁹.

De manière plus générale, il est couramment considéré par la pensée juridique contemporaine que la liberté religieuse a plusieurs dimensions : individuelle, collective et institutionnelle¹⁰. Ne faudrait-il pas mieux, alors, parler de libertés concernant la religion ? Surtout, cette liberté conçue dans le cadre de la religion fonctionne-t-elle selon les mêmes critères que dans une acception profane ? La liberté religieuse catholique est avant tout celle de l'Église vis-à-vis du pouvoir politique¹¹ : elle est celle de l'institution ecclésiastique dans le cadre de la société¹². La liberté religieuse de l'enfant peut donc être appréhendée tant sous l'angle personnel que communautaire¹³ en cherchant, notamment, à déterminer en quoi les droits canonique (catholique) et profane (français) peuvent converger ou connaître des dissonances.

8. B. Tahzib-Lie, 2002, "Interdiction of religious discrimination", in *La protection internationale de la liberté religieuse*, op. cit. : 57-91.

9. Cf. notamment l'art. 375 du Code civil et l'art. L226-4 du Code de l'action sociale et des familles. P. Valdrini, J.-P. Durand, O. Échappé et J. Vernay, 1999, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 2^e éd. : 469-470 ; J. McBride, 2002, "Autonomy of will and religious freedom", in *La protection internationale de la liberté religieuse*, op. cit. : 93-129 ; M. Églin, 3/2009, « La protection des enfants face à la liberté religieuse des parents, notamment dans le cas d'appartenance sectaire des parents », in *Enfances & psy*, n° 44 : 130-140.

10. J. Dufaux, op. cit. : 9.

11. Paul VI, *Déclaration Dignitatis humanæ* (7 décembre 1965), § 1.

12. Ph.-I. André-Vincent, 1976, *La liberté religieuse, Droit fondamental*, Paris, Téqui : 10-13 ; *Dignitatis humanæ*, § 13 : « que l'Église jouisse de toute la liberté d'action dont elle a besoin pour veiller au salut des hommes ».

13. Les termes de « personne » et de « communauté » sont délibérément utilisés plutôt que ceux d'« individu » et de « collectivité ».

La liberté de la personne au service du bien commun

L'ambiguïté du concept de liberté religieuse réside dans le fait qu'il peut à la fois être défini comme un élément de l'ordre naturel des choses (la *persona*, individuelle ou collective, se voyant attribuer un droit en fonction de son rôle social) et comme un droit attribut de la personne humaine, droit subjectif¹⁴. Nul n'ignore que la déclaration *Dignitatis humanæ* (1965)¹⁵, promulguée à la fin du concile Vatican II, portant sur la liberté religieuse a donné lieu, tant au cours de sa préparation¹⁶ qu'après sa promulgation¹⁷, à bien des discussions. Certains l'ont interprétée (de manière maximaliste) comme une rupture dans la doctrine de l'Église; d'autres tendent à expliciter la continuité dans le magistère de l'Église.

La liberté religieuse peut être strictement définie: s'inscrivant dans le cadre d'une philosophie (classique) affirmant la nature sociale de l'homme (sociabilité naturelle) et de la religion (identité ontologique du corps social)¹⁸, la conception catholique de la liberté religieuse, est un pouvoir de la *persona* exercé au bénéfice de la personne humaine. D'une part, elle est relative dans le sens où elle est un pouvoir social et non un droit subjectif; d'autre part, elle est un moyen ordonné à une fin: elle réclame une éducation, en particulier pour les plus jeunes.

La liberté comme pouvoir social de la personne

Théologiquement parlant, la liberté s'oppose tant à la contrainte extérieure qu'à la nécessité intérieure; pour le catholicisme, il n'y a qu'en Dieu que liberté et nécessité vont de pair. La liberté de l'être humain est corrompue. Cependant,

14. Sur cette question, cf. notamment J. Alvear, 2009, «Jean-Paul II et l'interprétation de *Dignitatis humanæ*», in *Catholica*, 103: 14-29; 2010, «*Dignitatis humanæ*, Liberté religieuse: évolution d'un concept», in *Catholica*, 107: 61-75.

15. Cf. G. Alberigo (dir.), 1994, *Les conciles œcuméniques*, t. II: *Les Décrets*, Paris, 1994, 2 vol., t. II: 2030/2031-2050/2051: concile Vatican II, session IX, 7 décembre 1965.

16. Cf. notamment Mgr. M. Lefebvre, 1976, *J'accuse le Concile!*, Martigny, Éditions Saint-Gabriel.

17. Cf. notamment R. Minnerath, 2000, «La déclaration *Dignitatis humanæ* à la fin du Concile Vatican II», in *Revue des sciences religieuses*, vol. 74, n° 2: 226-242.

18. Mt., XXVIII, 19: «Allez, faites de toutes les nations des disciples, les baptisant au nom du Père, du Fils et du Saint Esprit.»; *Dignitatis humanæ*, § 4: «la nature sociale tant de l'homme que de la religion elle-même». Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.*: 172.

l'homme dispose du libre-arbitre défini comme la faculté résultant de la liberté de choisir, conçu comme le produit commun de la raison et de la volonté. Atténué par la chute, il n'a pas été entièrement éteint : l'homme n'est pas sauvé en dehors de son libre-arbitre puisqu'il adhère et coopère à la grâce¹⁹. Le libre-arbitre est donc un instrument nécessaire à la réalisation du salut.

Dans sa lettre encyclique sur la liberté humaine (1888), le pape Léon XIII a donc distingué les libertés naturelle (ou psychologique) et morale²⁰. La liberté religieuse relève de la première catégorie. Mais l'Église constate que, dans l'ordre social contemporain, elle est un droit fondé sur la nature de la personne humaine²¹. Cependant, dans les deux cas, la liberté religieuse est essentiellement négative dans le sens où elle consiste en une «immunité de contrainte extérieure»²² : personne ne doit être forcé d'agir contre sa conscience²³. Il est, en effet, de tradition dans l'Église catholique que nul ne peut donner son adhésion à la foi sous l'empire de la force²⁴, mais seulement en vertu d'une conviction raisonnable²⁵. En tant que droit civil²⁶ inscrit dans les textes juridiques nationaux et internationaux²⁷, l'Église admet que la liberté religieuse puisse être limitée par la «prudence politique, selon les exigences du bien commun»²⁸, les textes juridiques profanes parlant, eux, plutôt de l'ordre public²⁹. La liberté religieuse n'est donc, pour le catholicisme, qu'un moyen devant être mis en œuvre pour la réalisation du bien commun³⁰. Ainsi les catholiques doivent-ils s'efforcer, par exemple, de «faire reconnaître les dimanches et jours de fête de l'Église comme jours fériés légaux»³¹.

19. L. Bouyer, 1963, *Dictionnaire théologique*, Tournai, Desclée, 2^e éd. : 382-386.

20. Léon XIII, *Libertas praestantissimum* (20 juin 1888), § 3.

21. 1992, *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, § 2106 : 436.

22. *Ibid.*, § 2108 : 436. Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.* : 156.

23. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2106 : 435. *Dignitatis humanæ*, § 1 et cf. également § 9.

24. Cf. notamment H. Denzinger (éd.), 1997, *Symboles et définitions de la foi catholique*, Paris, Éd. du Cerf, n° 698 : 256-257.

25. Cf. *Summa theologiae*, IIa, IIae, qu. 10, art. 8. *Dignitatis humanæ*, § 10.

26. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2108 : 436.

27. *Dignitatis humanæ*, § 15.

28. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2109 : 436. Cf. également *Dignitatis humanæ*, § 7.

29. Cf. P. Rolland, «Ordre public et pratiques religieuses», in *La protection internationale de la liberté religieuse*, *op. cit.* : 231-271, en particulier : 253-254 et 256-257 pour ce qui regarde la protection de l'enfant.

30. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1907 : 399 : «le bien commun réside dans les conditions d'exercice des libertés naturelles qui sont indispensables à l'épanouissement de la vocation humaine».

31. *Ibid.*, § 2188 : 449.

La liberté religieuse admise par le catholicisme est sociale et non morale. La défense de la liberté religieuse ne signifie pas l'acceptation du subjectivisme philosophique : tout homme est tenu de chercher la vérité³² et le catholicisme se considère, évidemment, comme la vraie religion³³. La liberté religieuse ne consiste ni dans « la permission morale d'adhérer à l'erreur », ni dans « un droit supposé à l'erreur »³⁴ ou au scandale. Voilà pourquoi le pape Pie IX (en 1864) a pu condamner, position réitérée par Léon XIII³⁵, la proposition suivante : « Il est libre à chaque personne d'embrasser et de professer la religion qu'il aura réputée vraie d'après la lumière de sa raison. »³⁶ La doctrine catholique s'oppose à l'indifférentisme moral et religieux³⁷. Le fondement ontologique de la liberté religieuse n'est pas dans la nature humaine (qui n'en est que le support) mais dans l'obligation de rechercher la vérité³⁸. La dignité de la personne s'acquiert véritablement par l'observance de l'ordre naturel des choses : l'essence est actualisée par l'existence. La pluralité de religion n'est donc pas considérée comme un bien en soi, mais est appréhendée comme un fait social³⁹ pouvant rendre nécessaire, dans certaines circonstances, d'avoir recours à la tolérance⁴⁰.

En définitive, le principe de la liberté religieuse signifie l'absence de contrainte extérieure imposée par la société et le pouvoir politique en ce qui concerne la pratique religieuse⁴¹, mais ne doit pas conduire à ignorer que la nature humaine est blessée par le péché originel et que la servitude intérieure ne peut être compensée que par la grâce et l'éducation⁴². La liberté religieuse n'est donc jamais absolue ni dans le principe (moral) – elle se définit en fonction de la finalité de l'homme⁴³, en perspective de la vie éternelle – ni dans la pratique (sociale).

32. *Ibid.*, § 2104 : 435. *Dignitatis humanæ*, § 3.

33. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2105 : 435. *Dignitatis humanæ*, § 1.

34. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2108 : 436.

35. *Libertas praestantissimum*, § 15-17 (sur la liberté de culte), § 21-22 (sur la liberté de conscience).

36. Pie IX, 1864, *Catalogue des Erreurs Modernes*, selon le Syllabus de Pie IX, 8 décembre 1864, Paris, s. d. : 11 (proposition XV).

37. Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.* : 102-103.

38. Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.* : 83-88.

39. *Ibid.* : 50-54 ; *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2107 : 436.

40. *Summa theologiae*, IIa, IIae, qu. 10, art. 11 ; *Libertas praestantissimum*, § 23 ; *Dignitatis humanæ*, § 6.

41. *Dignitatis humanæ*, § 3 : « la nature sociale de l'homme requiert elle-même qu'il exprime extérieurement ces actes intérieurs de religion ».

42. L. Bouyer, *op. cit.* : 383.

43. Pie XI, *L'éducation chrétienne des enfants*, Lettre encyclique « *Divini illius magistri* », 31 décembre 1929, Paris, Téqui, s. d., § 4 : 10 : « tout enseignement, comme toute action humaine, a une relation nécessaire de dépendance vis-à-vis de la fin dernière de l'homme ».

Le pouvoir exercé pour la formation morale de la personne

La liberté des enfants passe par la responsabilité des parents⁴⁴ nécessitant l'usage de la discipline⁴⁵. Le catholicisme rejette le «naturalisme pédagogique»⁴⁶ qui n'admet pas «la fragilité native de la nature humaine»⁴⁷. Parce que cette dernière est dégradée par le péché originel⁴⁸, il est indispensable de «corriger les inclinations déréglées de l'enfant», d'«éclairer l'intelligence» et de «fortifier la volonté»⁴⁹. La liberté a besoin d'être éduquée par la morale⁵⁰; ne pas contraindre l'enfant (en utilisant une «juste correction»⁵¹) conduirait à le rendre «esclave de son orgueil et de ses passions»⁵². «La conscience doit être informée et le jugement moral éclairé»⁵³: c'est l'«éducation de la conscience» qui «garantit la liberté»⁵⁴; réduite à elle-même, la conscience est faillible⁵⁵ alors que la vérité rend libre⁵⁶. La jeunesse étant un «âge inexpérimenté et changeant»⁵⁷, les parents doivent guider leurs enfants⁵⁸ pour qu'ils soient, un jour, capables de se suffire⁵⁹.

Le droit canonique distingue les personnes (*personæ*) majeures (ayant 18 ans accomplis) et mineures⁶⁰, ces dernières étant expressément visées par certaines dispositions⁶¹. Parmi les mineurs, ceux qui n'ont pas atteint 7 ans accomplis sont considérés, présomption *juris et de jure* (n'admettant pas de

44. Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.* : 175.

45. Prov., XXII, 15 : «La folie est attachée au cœur de l'enfant; la verge de la correction l'éloignera de lui.»

46. Pie XI, *op. cit.*, § 24 : 26.

47. *Ibid.*, § 26 : 28.

48. *Ibid.*, § 24 : 26.

49. *Ibid.*, § 25 : 27.

50. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2526 : 509.

51. Pie XI, *op. cit.*, § 16, p. 20.

52. *Ibid.*, § 25 : 27.

53. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1783 : 378.

54. *Ibid.*, § 1784 : 379.

55. Ph.-I. André-Vincent, *op. cit.* : 102.

56. *Jn.*, VIII, 31-32 : «Si vous demeurez dans ma parole, vous êtes vraiment mes disciples; vous connaîtrez la vérité, et la vérité vous affranchira.»

57. Pie XI, *op. cit.*, § 6 h 12.

58. *Ibid.*, § 9 : 15 : ce serait «aller contre la justice naturelle si l'enfant, avant l'usage de la raison, était soustrait aux soins de ses parents».

59. *Ibid.*, § 9 : 15 : «les parents ont l'obligation de donner leurs soins à l'enfant jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de se suffire».

60. *Codex Juris Canonici* (1983), éd. E. Caparros, M. Thériault, J. Thorn, Montréal, 1990, can. 97, § 1.

61. Cf. *ibid.*, can. 1481, § 3 et 1646, § 3.

preuve contraire), comme des enfants ; au-delà de cet âge, le mineur est censé avoir l'usage de la raison, mais, il s'agit, là, d'une présomption *juris tantum* (admettant la preuve contraire)⁶². Cette distinction a de l'importance car si le mineur ayant atteint l'âge de raison est tenu, comme tout autre baptisé catholique, par le droit canonique, l'enfant en est *a priori*, sauf disposition expresse, dispensé⁶³, ses parents étant alors moralement comptables de sa conduite.

La *persona* mineure est soumise au pouvoir de ses parents pour l'exercice de ses droits à l'exception de ceux pour lesquels la loi divine ou le droit canonique l'en exempté⁶⁴. Est-il utile, pour illustrer ce dernier cas, d'évoquer l'absence du consentement des parents pour la validité du mariage de leur fils ou fille mineur (ayant 14 ans accomplis pour les femmes et 16 ans accomplis pour les hommes)⁶⁵ ? Le mineur est judiciairement représenté par ses parents sauf dans le cas où ses intérêts, tout particulièrement spirituels, sont en jeu. Ainsi le mineur agit-il ordinairement en justice par l'intermédiaire de ses parents⁶⁶ sauf si les droits de l'un et des autres entrent en contradiction ; dans ce cas, un curateur est désigné par le juge (d'Église) pour défendre les droits du mineur⁶⁷. Mais, surtout, dans les causes spirituelles (et connexes), le mineur, s'il a l'usage de la raison, peut agir (et répondre) sans le consentement de ses parents : il peut agir de lui-même s'il a 14 ans accomplis, sinon par l'intermédiaire d'un curateur désigné par le juge⁶⁸.

Le passage de l'enfance à l'âge adulte se fait donc par seuils, les principaux étant l'âge, d'abord de raison, ensuite de 14 ans. La liberté de l'enfant est, sauf exceptions, exercée à son bénéfice par les personnes qui en sont, socialement et spirituellement, responsables. Le principe du pouvoir est inscrit dans l'ordre naturel : il est nécessaire pour la direction des corps sociaux conformes à l'ordre cosmologique⁶⁹ comme l'est, en particulier, la famille⁷⁰. Mais, le pouvoir (comme celui des parents) n'est légitime que s'il réalise le bien commun⁷¹, celui-ci supposant que les enfants reçoivent une éducation morale.

62. *Ibid.*, can. 97, § 2.

63. *Ibid.*, can. 11.

64. *Ibid.*, can. 98, § 2.

65. *Ibid.*, can. 1057, § 1, 1071, § 1, 6^e et 1083 § 1. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2230 : 457 – en matière de mariage, les parents ne doivent pas contraindre leurs enfants.

66. *Codex Juris Canonici*, can. 1478, § 1.

67. *Ibid.*, can. 1478, § 2.

68. *Ibid.*, can. 1478, § 3.

69. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1898 : 397, § 1818-1819 : 400.

70. *Ibid.*, § 2224 : 456 – la famille est une société naturelle.

71. *Ibid.*, § 1902 : 398, § 1921 : 401.

La liberté de la communauté au service de la personne

Si certains auteurs mettent l'accent sur la possible contradiction entre le fait, pour les religions, de prétendre détenir la vérité et la possibilité d'une vie sociale paisible⁷², il paraît nécessaire de souligner que les pouvoirs politiques, eux-mêmes, se font les dispensateurs d'une morale publique qui peut être cause, elle aussi, d'affrontements. La guerre civile n'est pas seulement religieuse... Aussi, nombreux sont-ils ceux qui s'accordent sur le fait que la liberté religieuse personnelle n'est réelle que si la liberté collective est effective⁷³.

La liberté de la communauté (domestique et ecclésiale) est ordonnée, de manière générale, au service du bien commun et, de manière plus particulière, au bénéfice de la personne (en l'occurrence humaine) la plus faible : l'enfant. Elle s'incarne tout particulièrement dans le pouvoir naturel de la famille dans la direction de l'éducation des enfants et suppose que l'ordre politique lui permette réellement de l'exercer librement.

Le pouvoir naturel de la famille dans l'éducation

L'éducation concerne non seulement les questions physique et intellectuelle, culturelle et sociale, mais également morale et religieuse⁷⁴. Le concept d'éducation est plus large que celui d'instruction⁷⁵ ; il englobe l'ensemble de la personnalité. L'éducation, qui vise le gouvernement des âmes⁷⁶, a pour but la formation intégrale de l'être humain (*persona humana*)⁷⁷. Elle a pour objectif tant la fin de chaque être humain (le salut de son âme)⁷⁸ que le bien commun de la société⁷⁹.

72. J.-Fr. Collange, « La liberté de croyance dans la pensée religieuse », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, op. cit. : 1-13.

73. R. Torfs, « Relationship between the State and religious groups », in *La protection internationale de la liberté religieuse*, op. cit. : 131-152.

74. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2223-2228 : 456-457. Cf. également Pie XI, op. cit., § 11 : 17 ; § 43 : 39 – « l'éducation chrétienne embrasse la vie humaine sous toutes ses formes : sensible et spirituelle, intellectuelle et morale, individuelle, domestique et sociale ».

75. Pie XI, op. cit., § 7 : 13 – « non seulement sur le terrain de l'éducation, mais sur celui de l'enseignement proprement dit ».

76. *Ibid.*, § 2 : 7.

77. *Codex Juris Canonici*, can. 795. Pie XI, op. cit., § 23 : 25 – « le sujet de l'éducation chrétienne c'est l'homme tout entier : un esprit joint à un corps, dans l'unité de nature ».

78. Pie XI, op. cit., § 2 : 7 – « l'éducation consiste essentiellement dans la formation de l'homme, lui enseignant ce qu'il doit être et comment il doit se comporter dans cette vie terrestre pour atteindre la fin sublime en vue de laquelle il a été créé ».

79. *Codex Juris Canonici*, can. 795. Pie XI, op. cit., § 2 : 7 – « l'éducation chrétienne [...] a pour but, en dernière analyse, d'assurer aux âmes de ceux qui en sont l'objet la possession de Dieu, le Souverain Bien, et à la communauté humaine le maximum de bien-être réalisable sur cette terre ».

Les parents catholiques ont donc l'obligation de former, par la parole et l'exemple, les enfants dans la foi et la pratique de la vie chrétienne⁸⁰. Ainsi la famille est-elle le premier lieu de l'éducation à la prière⁸¹. Les parents doivent être attentifs à ce que leurs enfants suivent le catéchisme, éducation à la foi⁸². Ils doivent également veiller à l'accès aux sacrements de leurs enfants, en particulier le baptême (qui doit intervenir au plus tôt après la naissance, le texte latin du *Code de droit canonique* parlant, dans ce cas d'*infans*)⁸³, la sainte eucharistie (pour l'enfant ayant atteint l'âge de raison: *puer usum rationis*)⁸⁴ et la confirmation (qui concerne tous les fidèles, *fideles*, dans un temps opportun)⁸⁵. Les parents catholiques qui feraient baptiser et/ou éduquer leurs enfants (au sens générique du terme, indépendamment de l'âge: *liberi*) dans une autre religion que le catholicisme encourent une sanction ecclésiastique, en particulier la censure⁸⁶.

Les parents sont les premiers et principaux éducateurs de leurs enfants⁸⁷ (en tant que ces derniers sont des êtres humains, le texte latin utilisant le terme de *filius*)⁸⁸: la famille donnant la vie, elle a l'autorité de former à la vie⁸⁹. Cette grave fonction (*officium*) constitue pour eux un devoir, une obligation⁹⁰; ils disposent donc d'un droit primordial (*jus primarium*) de pourvoir à l'éducation de leurs enfants⁹¹. Dans ce domaine, toute famille (catholique ou non) a une « priorité de nature » et donc de « droits » par rapport à la « société civile »⁹².

80. *Ibid.*, can. 774, § 2; cf. également can. 835, § 4.

81. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2685: 544.

82. *Ibid.*, § 5: 12.

83. *Codex Juris Canonici*, can. 867; cf. également can. 851, 2e; can. 855; can. 857, § 2. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1635: 347. Pie XI, *op. cit.*, § 13: 18.

84. *Codex Juris Canonici*, can. 914.

85. *Ibid.*, can. 890.

86. *Ibid.*, can. 1366.

87. Le mariage est notamment ordonné à l'éducation des enfants: *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1601: 340, § 1652: 351; Pie XI, *op. cit.*, § 3: 8.

88. *Codex Juris Canonici*, can. 226, § 2. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 1653: 351.

89. Pie XI, *op. cit.*, § 9: 14 – « dans l'ordre naturel, Dieu communique immédiatement à la famille la fécondité, principe de vie, donc principe du droit de former à la vie, en même temps que l'autorité, principe d'ordre »; § 29: 30 – « Le premier milieu naturel et nécessaire de l'éducation est la famille, précisément destinée à cette fin par le Créateur. »

90. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2221: 456.

91. *Codex Juris Canonici*, can. 226, § 2 et 1136. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2223: 456.

92. Pie XI, *op. cit.*, § 3: 8. Cf. également, pour une position contemporaine de la Révolution française contraire à son orientation générale, J.-A.-N. de Condorcet, 1994, *Cinq mémoires sur l'instruction publique* (1791), éd. Ch. Coutel et C. Kintzler. Paris, Garnier-Flammarion, le premier mémoire, V, en part. 2e.

Avant d'être citoyen, l'homme doit être appelé à la vie par ses parents : l'enfant entre dans la société par l'intermédiaire de la communauté domestique⁹³.

Quant à l'Église catholique, communauté de clercs et de laïcs, si elle considère, logiquement, sa fonction de veiller sur l'éducation de ses fidèles comme un « droit inaliénable », elle va jusqu'à affirmer que « sa mission éducatrice embrasse même les infidèles, tous les hommes étant appelés à entrer dans le royaume de Dieu et à obtenir le salut éternel »⁹⁴. Elle entend assurer « le service (*diakonia*) de la vérité au sein de l'humanité »⁹⁵. Cependant, se déclarant « si jalouse de l'inviolabilité du droit naturel de la famille en matière d'éducation », l'Église « ne consent pas, sinon sous des conditions et garanties déterminées, à baptiser les enfants d'infidèles ou à disposer de leur éducation de quelque manière que ce soit contre la volonté de leurs parents, aussi longtemps que les enfants ne peuvent se déterminer d'eux-mêmes à embrasser librement la foi »⁹⁶.

Cependant, tout en affirmant le droit naturel de la famille d'éduquer les enfants, l'Église admet pleinement qu'il soit du « devoir de l'État de protéger » le droit de l'enfant à une bonne éducation « dans le cas où il y aurait déficience physique ou morale chez les parents », « incapacité » ou « indignité »⁹⁷. La liberté religieuse exercée par les parents pour le compte de l'enfant relève de l'ordre naturel des choses ; mais elle n'est réelle qu'à la condition de ne pas être compromise par le système politique et juridique.

La liberté politique de l'éducation pour la famille

Comme la famille est une « société imparfaite », elle a besoin du secours de la société civile et de l'Église pour l'aider à éduquer ses enfants⁹⁸. Ainsi, dans le domaine des arts et des sciences, la famille est (vraisemblablement) incapable de pourvoir elle-même à une instruction suffisante⁹⁹. Les institutions sco-

93. Pie XI, *op. cit.*, § 10 : 16.

94. *Ibid.*, § 6 : 12 et § 7 : 13. Cf. également *Dignitatis humanæ*, § 13.

95. Congrégation pour l'éducation chrétienne, *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion dans l'école* (5 mai 2009), IV, § 20.

96. Pie XI, *op. cit.*, § 13 : 18. Cf. *Summa theologiae*, IIa, IIae, qu. 10, art. 12 : « avant que l'enfant ait l'usage de la raison, l'ordre naturel fait qu'il est ordonné à Dieu par la raison de ses parents, dont il subit par nature la tutelle, et c'est selon leurs dispositions qu'il est mis rapport avec les choses divines » ; Denzinger, *op. cit.*, n° 1998 : 509-510.

97. Pie XI, *op. cit.*, § 15 : 19.

98. *Ibid.*, § 3 : 8.

99. *Ibid.*, § 31 : 32.

lares (privées comme publiques) sont donc l'un des principaux moyens pour aider les parents dans leur rôle d'éducation des enfants¹⁰⁰. Tant d'un point de vue historique qu'ontologique, l'école est une « institution auxiliaire et complémentaire »¹⁰¹. La puissance politique ne doit intervenir que de manière subsidiaire¹⁰² et non en exerçant un monopole¹⁰³ ou même en imposant un type uniforme d'éducation¹⁰⁴; au secours de cette position, le pape Pie XI a pu citer une jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis du 1^{er} juin 1925 (*Pierce v. Society of the sisters of the holy names of Jesus and Mary*, arrêt concernant la liberté scolaire dans l'État de l'Oregon)¹⁰⁵. D'aucuns en sont donc venus à considérer que la liberté religieuse naturelle était politiquement « violée en France par l'organisation étatique de l'enseignement »¹⁰⁶. Le pouvoir temporel ne doit pas se substituer aux parents mais favoriser leurs initiatives¹⁰⁷ et les suppléer seulement en cas de défaillance¹⁰⁸. Afin qu'il y ait une harmonie entre l'éducation offerte dans les institutions scolaires et celle qui est donnée en famille¹⁰⁹, les parents doivent jouir d'une véritable liberté dans le choix des écoles pour leurs enfants; cela implique que la justice distributive soit appliquée dans la société civile, autrement dit que les pouvoirs publics garantissent cette faculté non seulement théoriquement mais aussi concrètement, c'est-à-dire financièrement¹¹⁰.

100. *Codex Juris Canonici*, can. 796, § 1.

101. Pie XI, *op. cit.*, § 31: 32.

102. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, II, § 9.

103. Pie XI, *op. cit.*, § 17: 20 – « Est donc injuste et illicite tout monopole de l'éducation et de l'enseignement qui oblige physiquement ou moralement les familles à envoyer leurs enfants dans les écoles de l'État contrairement aux obligations de la conscience chrétienne ou même à leurs légitimes préférences. »

104. *Dignitatis humanæ*, § 5.

105. Pie XI, *op. cit.*, § 12: 17. Sur la place de la religion aux États-Unis, cf. F. Randaxhe, 2003, « De l'exception religieuse états-unienne, Retour sur un débat », in *Archives de sciences sociales des religions*, 122: 7-25.

106. Anonyme, 1967, « La liberté religieuse est violée en France », in *Itinéraires*, février 1967, suppl. au n° 110: 7.

107. Pie XI, *op. cit.*, § 16: 20.

108. *Ibid.*, § 14: 19 – « La fonction de l'autorité civile qui réside dans l'État est donc double: protéger et faire progresser la famille et l'individu, mais sans les absorber ou s'y substituer. »; § 15: 19 – « L'État ne se substitue assurément pas à la famille, mais il supplée à ce qui lui manque »; § 16: 20 – « il complètera cette action lorsqu'elle n'atteindra pas son but ou qu'elle sera insuffisante. »

109. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, II, § 8.

110. *Codex Juris Canonici*, can. 797. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2229: 457. Pie XI, *op. cit.*, § 17: 20; § 34: 34 – « le respect de la justice distributive, l'État donnant des subsides à toute école voulue par les familles ». *Dignitatis humanæ*, § 5.

L'Église a toujours pris soin « dans tous les siècles » de créer et de faire prospérer « une multitude d'écoles et d'institutions, dans toutes les branches du savoir »¹¹¹. Les fidèles catholiques (et pas seulement les parents) doivent donc contribuer à la fondation et au fonctionnement (en particulier pour ce qui concerne les frais) d'institutions scolaires catholiques¹¹². Une école ne peut être considérée comme catholique que si plusieurs conditions sont réunies¹¹³ : une reconnaissance de l'autorité ecclésiastique¹¹⁴, une direction ecclésiastique (ou, pour le moins, reconnue par l'Église)¹¹⁵, un enseignement fondé sur les principes de la doctrine catholique¹¹⁶ et des enseignants se distinguant par la rectitude de leur doctrine et la probité de leur vie¹¹⁷. Inutile de commenter cela trop longuement en mettant en exergue que les écoles sous le régime de la loi Debré (du 31 décembre 1959), soumises aux programmes étatiques et ne pouvant choisir leurs enseignants, ne remplissent pas ces critères. En ne pouvant pas être confessionnel, l'enseignement catholique sous contrat n'est-il pas quelque peu schizophrénique¹¹⁸, ne risque-t-il pas de perdre, à terme, son identité¹¹⁹ ?

Les parents catholiques doivent confier leurs enfants à des écoles donnant une éducation catholique¹²⁰ (et donc pas seulement une instruction rigoureuse¹²¹). La fréquentation des écoles non catholiques (qu'elles soient dites « neutres » ou « mixtes ») est, en principe, interdite aux enfants catholiques ; elle ne peut être que tolérée¹²². Par conséquent, s'il n'existe pas d'écoles catholiques, les parents doivent pourvoir à l'éducation chrétienne en parallèle de l'instruction¹²³. En outre, les fidèles catholiques doivent s'efforcer d'obtenir

111. Pie XI, *op. cit.*, § 7 : 12.

112. *Codex Juris Canonici*, can. 800. Pie XI, *op. cit.*, § 34 : 35.

113. Pie XI, *op. cit.*, § 33 : 34.

114. *Codex Juris Canonici*, can. 803, § 3.

115. *Ibid.*, can. 803, § 1.

116. *Ibid.*, can. 803, § 2.

117. *Ibid.*, can. 803, § 2. Pie XI, *op. cit.*, § 38 : 37 – le pape parle des « qualités intellectuelles et morales » : « C'est moins la bonne organisation que les bons maîtres qui font les bonnes écoles. »

118. E. Tranchant, 2010, « La loi Debré et la liberté religieuse de l'école », in *Liberté politique*, 48 : 177-184.

119. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, III, § 15.

120. *Codex Juris Canonici*, can. 798. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2229 : 457.

121. Le pape Léon XIII rappelait d'ailleurs que l'enseignement de la vérité ne se réduisait pas aux questions naturelles mais devait également aborder les enjeux surnaturels : *Libertas praestantissimum*, § 19.

122. Pie XI, *op. cit.*, § 32 : 33.

123. *Codex Juris Canonici*, can. 798.

qu'une éducation religieuse et morale selon la conscience des parents soit délivrée dans les écoles en général (et donc notamment celles dites publiques)¹²⁴. Quel que soit le statut juridique de l'école, l'enseignement religieux catholique (*institutio et educatio religiosa catholica*) doit être soumis, pour en garantir l'authenticité¹²⁵, à l'autorité (*auctoritas*) de l'Église¹²⁶, cette dernière ne pouvant donc se contenter de cours de culture religieuse (proposés, par exemple, dans le rapport de Régis Debray en 2002¹²⁷) sans doute très utiles mais ne devant pas se substituer au catéchisme¹²⁸.

Conclusion. Le respect de l'ordre des choses

Pour le catholicisme, la « communauté politique » a « le devoir d'honorer la famille, de l'assister, de lui assurer » notamment la liberté d'avoir des enfants, de professer sa foi et d'élever sa progéniture en elle¹²⁹. S'il est parfois nécessaire de protéger les enfants de leurs parents, il n'est pas moins important de permettre aux parents de défendre leurs enfants. De la même manière que ce qui est légal n'est pas nécessairement légitime, ce qui est autorisé dans et/ou par l'ordre public n'est pas *ipso facto* recommandable. L'enfant et l'adolescent chrétiens ont « un droit strict à un enseignement conforme à la doctrine de l'Église » ; ce serait « leur causer un tort grave que de les troubler dans leur foi, en abusant de la confiance qu'ont les jeunes gens envers leurs maîtres, [ainsi que] de leur naturelle inexpérience »¹³⁰.

La liberté religieuse de l'enfant suppose de respecter l'ordre naturel des choses et donc le pouvoir de ses parents. Le souverain pontife a pu déclarer

124. *Ibid.*, can. 799. Sur l'enseignement religieux dans les institutions scolaires publiques, cf. Valdrini et alii, *op. cit.* : 657-659 et J.-M. Swerry, 1995, *Aumôneries catholiques dans l'enseignement public*, Paris, Éd. du Cerf. Pour la jurisprudence administrative concernant les aumôneries dans les établissements publics d'enseignement secondaire, cf. Dufaux, *op. cit.* : 1147-1151.

125. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, III, § 13.

126. *Codex Juris Canonici*, can. 804, § 1. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, IV, § 19.

127. R. Debray, 2002, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Paris, La Documentation française. Cette idée est présente dans plusieurs recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (celle du 5 février 1992, § 7, i, celle du 2 février 1993, § 16, iii et celle du 22 juin 1999, § 8 et § 10, ii) : cf. Dufaux, *op. cit.* : 96-98, 103-105.

128. Congrégation..., *Lettre circulaire sur l'enseignement de la religion*, III, § 12.

129. *Catéchisme de l'Église catholique*, § 2211 : 453-454.

130. Pie XI, *op. cit.*, § 22 : 25.

inadmissible que l'enfant soit «arraché» à sa famille «sous prétexte de formation [...] pour être livré, dans des groupements et des écoles sans Dieu, à l'irréligion et à la haine»: un tel système constituerait un «véritable renouvellement d'un massacre des innocents»¹³¹. En donnant à leurs enfants une éducation catholique, les parents ne font pas «œuvre politique de parti», ils ne cherchent pas «à séparer leurs fils du corps et de l'esprit de la nation, mais bien au contraire à leur donner l'éducation la plus parfaite et la plus capable de contribuer à la prospérité du pays»¹³².

131. *Ibid.*, § 29: 31.

132. *Ibid.*, § 36: 35.

Liberté et religion, liberté de religion chez l'enfant en contexte bouddhiste : regards croisés entre l'Asie et l'Europe

*Lionel Obadia
Professeur d'anthropologie
Université Lyon 2 – Lumière*

Lorsque j'ai débuté mon premier grand terrain ethnographique, au début des années 1990, au sein de communautés d'obédience bouddhiste tibétaine en France (essentiellement fréquentées par des convertis), une chose ne m'avait pas frappé, avant qu'elle ne m'amène rétrospectivement à m'y pencher de plus près. Les temps et lieux de la ritualité – en l'occurrence ceux des performances dans les sanctuaires – étaient presque exclusivement ceux des adultes. Adultes célibataires souvent, certains par vocation, les moines et maîtres de religion, et mais aussi adultes, plus souvent, eux-mêmes parents, et donc directement concernés par la question de la liberté de religion de leur descendance. Non pas que les enfants – puisqu'ils existaient bel et bien – étaient invisibles : ils occupaient simplement d'autres espaces (alentours de la ritualité, spectateurs plus ou moins intéressés par le spectacle de la vie religieuse). Et il aura fallu la profondeur temporelle de l'enquête ethnographique de longue durée et son extension à d'autres sites d'observation pour faire surgir la place ambivalente qu'ils occupent : à la fois distants et impliqués, le bouddhisme est pour eux une référence identificatoire et un système butoir à partir duquel ils auront à décider de leurs choix spirituels – s'ils en ont.

Presque une décennie plus tard, c'est dans le contexte d'une étude menée dans une région bouddhiste d'Asie (le nord du Népal) que le même horizon de réflexion s'est imposé : les enfants, au contraire, étaient en plein cœur de la vie religieuse, soit en tant que jeunes laïcs inscrits dans des réseaux de sociabilité sur lesquels étaient greffés les réseaux religieux, soit jeunes moines pré-pubères qui donnaient aux monastères une ambiance joviale – quand ils n'étaient toutefois pas sous la contrainte d'un apprentissage drastique. Là, les questions touchant aux appartenances confessionnelles ne se posaient plus du tout dans les mêmes termes : le choix ne se pose pas en termes d'être bouddhiste ou « autre chose », mais entre être moine ou rester laïc.

Une même religion (en outre de tradition identique, puisqu'il s'agissait dans les deux cas d'obédiences tibétaines), deux régions géoculturelles et deux systèmes d'attitudes différenciés : le bouddhisme a-t-il alors une seule et unique approche de l'enfance, et si oui, est-elle respectueuse de la liberté ?

Au sein des familles de convertis ou de pratiquants du bouddhisme, l'espace domestique est en effet souvent composé d'éléments de culture matérielle (objets de culte ou de décoration) ou esthétiques (peintures murales, dessins, photographies de maîtres de religion, etc.) mais aussi de mots et d'attitudes de parents susceptibles d'imprégner les esprits des enfants – autant, sinon plus que dans les familles bouddhistes d'Asie, comme si celles de France (et plus généralement d'Occident) compensaient l'absence de cette symbolique dans les espaces collectifs, par une saturation de l'espace privé. C'est principalement dans le contexte des descendants de migrants asiatiques qui comptent le bouddhisme dans leur patrimoine culturel et culturel que la question de l'héritage religieux – et de la liberté de s'en défaire – s'est posée avec le plus d'acuité.

Les enfants de bouddhistes français sont-ils aussi des enfants bouddhistes et, à la différence de nombre de leurs homologues d'Asie, ont-ils vraiment une liberté de choix ? Dennis Gira avait souligné, au milieu des années 1990, la nécessité pour les nouvelles générations de bouddhistes en France, de s'affronter à la question de la mémoire historique des bouddhistes asiatiques¹. Peu de temps après, Louis Hourmant, spécialiste du nouveau mouvement japonais Soka Gakkai, avait de son côté précisé le fait que le défi auquel est soumis le bouddhisme (en général) dans le contexte occidental est celui de la transmission, non pas celle d'un groupe à un autre, ou d'une société (asiatique) à une autre (occidentale), mais la transmission intergénérationnelle, en particulier au sein des groupements de convertis². Le problème se pose en termes identiques aux États-Unis où l'apparition de nouvelles générations de bouddhistes, qui ne sont ni d'origine asiatique, ni convertis, mais enfants de convertis, se fait à un rythme très lent et sans réel poids dans la balance démographique des bouddhistes d'Occident³. Or précisément, le bouddhisme a longtemps demeuré une religion d'adoption pour des adultes dont l'adhésion est libellée en termes de « choix personnel ». Ce qui ne laisse en effet pas de surprendre, c'est l'accent mis par le bouddhisme sur la liberté : liberté d'être soi, de ses appartenances, de ses choix religieux, etc⁴. Mais la liberté

1. D. Gira, 1997, « Les bouddhistes français », *Esprit*, juin 1997, 233 : 130-148.

2. L. Hourmant, 2000, « L'attrait du bouddhisme en Occident », *Sciences humaines*, 6 : 106.

3. R. H. Seager, 1999, *Buddhism in America*, New York, Columbia University Press : 241

4. S.-C. Kolm, 1982, *Le Bonheur-Liberté. Bouddhisme profond et modernité*, Paris, PUF.

dans la religion (ses dogmes, éventuellement ses pratiques et modalités d'adhésion) est une chose. La liberté de religion en est une autre. C'est ce qui peut distinguer, pourrait-on dire, la norme de l'action, le droit de la coutume, dans ce cas précis. Et dans le bouddhisme, c'est ce qui distingue en particulier les adultes des enfants. À travers un questionnement continu autour de la liberté, les pages qui suivent vont s'efforcer de présenter les éléments exploratoires pour comprendre le statut de l'enfant, et les attentes dont il fait l'objet ou des dispositifs d'inculcation et d'encadrement social qui l'entourent dans le bouddhisme, en prenant appui sur une approche comparative. Un détour par les rares éléments de réponse disponibles dans le droit interne nous ramènera vers des données plus concrètes illustrant la diversité des manières religieuses d'être enfant ou d'être construit socialement comme un enfant. De là, il conclura sur une réflexion en clair-obscur, sur la difficulté de dégager une approche « bouddhiste » de l'enfance.

Enfances bouddhistes, enfance et bouddhisme

Les référents dogmatiques à propos de l'enfance dans le bouddhisme

Le bouddhisme parle bien peu d'enfance, ou alors le plus souvent de manière toujours indirecte. Le statut de l'enfance dans les référents scripturaires relève une dispersion qui signale que, dans le bouddhisme, du moins sous sa forme scolastique, il n'existe pas de théorie ni de norme unifiée encadrant l'éducation non religieuse (à l'inverse, l'instruction religieuse est, elle, très codifiée). L'absence de référent mythologique identifié, ou d'enfant héros, de statut particulièrement sacré de l'enfance, qui n'est qu'une étape de l'existence en rien distinctive d'autres, et l'enfant n'est qu'un être « sensible » porteur d'une « graine » de réalisation spirituelle (en sanscrit: *tathagata-garbha*) qu'il s'agira de faire pousser dans un processus de maturation spirituelle offerte par le Dharma (l'enseignement), le Bouddha (le prophète) et le *sangha* (la communauté ascétique) – les « trois joyaux » (*triratna*) du bouddhisme. Ainsi, l'enfance apparaît d'abord sous une forme scripturaire dans les textes anciens. D'abord dans la vie de Bouddha lui-même, puisque c'est dans l'enfance (et une naissance marquée par des signes surnaturels) que naît progressivement sa vocation, qui l'amènera à emprunter la voie du renoncement spirituel, et à fonder son propre enseignement – avec le succès que l'on connaît. Ensuite, dans les textes canoniques en *pali*, l'*Ambalatthikarahulovada Sutta* relate les conseils de Gautama à son fils Rahula (qui a rejoint l'ordre

monastique à l'âge de 7 ans) et sert généralement de principale source d'inspiration pour l'instruction bouddhiste dans les sociétés asiatiques.

Il existe d'autres expressions de l'enfance, nettement plus elliptiques. L'une des inscriptions (Kalinga I) qu'a fait rédiger l'empereur Maurya Açoka, qui s'était converti au bouddhisme, comprend la phrase suivante: « Tout homme est mon enfant. » Il s'agit là d'une référence allégorique à l'enfance qui figure l'image du rapport du souverain à ses sujets, moins comme géniteur et ascendant que comme bienveillant et protecteur. Açoka est en effet réputé pour avoir conquis de vastes étendues géographiques, mais au prix de bains de sang, de telle sorte qu'il aurait été pris de remord et se serait tourné vers le bouddhisme. Depuis sa conversion, il se serait également ouvert aux valeurs de l'amour (spirituel) et de l'altruisme, telles qu'elles sont formulées dans la « bonne loi » du Dharma bouddhiste⁵, et se serait évertué à les répandre par la suite dans son royaume et au-delà⁶. C'est, ensuite, dans le registre de l'esthétique religieuse que la figure de l'enfant se manifeste, mais là encore, de manière discrète et allégorique. La divinité Kariteimo (skt: Hariti) est par exemple une ancienne démonsse dévoreuse d'enfants chez qui le Bouddha a fait naître des sentiments meilleurs en cachant un de ses propres rejetons – elle est devenue une divinité protectrice de l'enfance, particulièrement populaire au Japon (dans la secte Nichiren).

En se cantonnant aux corpus officiels des écritures et des panthéons des traditions savantes du bouddhisme monastique, pèse néanmoins le risque de retrancher de l'analyse une large partie de la réalité. Car là où les textes anciens se contentent d'offrir des principes dispersés, quelques métaphores et de plus nombreuses ellipses, des littératures tardives et surtout populaires déclinent au contraire des registres plus précis concernant l'enfant, comme autant d'ajustements des doctrines bouddhistes aux contraintes de la survie de la communauté: le très beau livre d'Elizabeth Bopearachchi, *L'éducation bouddhique dans la société traditionnelle au Sri Lanka*⁷, montre bien comment les principes de la réclusion monastique, le célibat et l'interdiction de procréer auraient pu donner lieu à la formulation d'une théologie négative de l'enfance, mais que la nécessaire existence d'un ordre laïque (sur lequel s'adosse

5. A. Dupont-Sommer, 1980, « Essénisme et bouddhisme », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, 124 (4): 698-715.

6. Puisque c'est sous le règne d'Açoka qu'a véritablement débuté l'expansion missionnaire du bouddhisme.

7. E. Bopearachchi, 1994, *L'éducation bouddhique dans la société traditionnelle au Sri Lanka*, Paris, L'Harmattan.

le premier pour sa survie) a supposé la rectification de ces principes et la formulation d'une théologie positive, situant l'enfant au cœur d'un symbolisme bouddhique renouvelé par la pression de la société environnante.

Il existe toutefois un lien particulier entre l'exemplarité des virtuoses religieux, et l'enfance. Car dans les littératures bouddhistes, l'enfance revêt finalement trois statuts :

- comme locus de manifestation des signes de vocation ou de sainteté ;
- comme topos à partir duquel se constitue l'adhésion et la fidélité religieuses

(donc comme deux ingrédients de l'exemplarité, et les maîtres et moines sont d'autant plus légitimes que leur curriculum compte à la fois des traits charismatiques relevant de l'un, et une formation justifiant les bases de l'autre) ;

- comme allégorie des obstacles ou des facilités de la voie bouddhiste, dans une littérature à la fois savante et populaire.

Si le bouddhisme est malgré tout assez peu expressif quant à l'enfance, les bouddhistes, eux, sont en revanche nettement plus volubiles – même s'il apparaît que la thématique de l'enfance est relativement récente dans la littérature bouddhiste et semble en fait s'accélérer au cours de la confrontation des corpus théologiques bouddhistes avec standards philosophiques et juridiques internationaux, ceux des droits de l'Homme, et plus récemment, ceux des droits de l'enfant (tels que défendus en particulier par la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989). Dans les productions bouddhistes contemporaines, fécondées par ces modèles occidentaux d'exportation mondiale, le statut de l'enfant, les questions des conditions et finalités de sa socialisation, les enjeux entourant sa liberté de croire ou pas, etc., s'invitent désormais dans les débats ouverts ou alimentés par des intellectuels bouddhistes. Mais d'emblée, une ligne de démarcation semble être saillante entre la manière dont les enfants font l'objet de traitements particuliers entre l'Asie et l'Occident⁸ : pour le dire simplement, il apparaît à l'évidence deux modèles différenciés, en vertu des différences de contextes (et de la trajectoire du sécularisme en Occident), mais aussi des institutions et enjeux sociaux entourant l'éducation religieuse.

Dans le contexte des sociétés asiatiques, ou du moins sous la reconstitution narrative qu'en font ses observateurs, le bouddhisme offrirait pourtant

.....
8. Cf. Rita Gross, 1996, « Child and Family in Buddhism », in H. G. Coward, P. Hilton Cook (Eds), *Religious Dimensions of Child and Family Life: Reflections on the UN Convention of the Rights of the Child*, Canada, University of Victoria : 79-98.

des ressources symboliques profitables aux enfants et à leur développement⁹. Dans le contexte occidental, les enfants élevés à la manière bouddhiste seraient de la même manière privilégiés et bénéficiaires d'un traitement particulier – que bien d'autres leur envieraient. Un des rares sites Internet qui traite – en passant – de la question de l'enfance dans le bouddhisme contient les édifiantes lignes suivantes : « Le conseil du Bouddha aux parents est simple : aidez vos enfants à devenir des adultes généreux, vertueux, responsables, adroits, et autonomes. Enseigner le Bouddhisme à ses enfants ne signifie pas leur infliger de longues conférences à propos de la coproduction conditionnée, ou les forcer à mémoriser des listes de l'octuple ceci, des dix machin-bidules, des dix-sept ci-et-mi du Bouddha. Ça signifie simplement leur donner les techniques de base dont ils auront besoin afin de trouver le vrai bonheur. Le reste prendra soin de lui-même.¹⁰ » Non seulement cette éducation permissive et souple est ici manifestement très embellie, quel que soit le contexte, mais l'enfance des bouddhistes est en outre loin d'être cette mièvre étape de vie baignée de bonheur. Avant d'en examiner plus avant les contre-exemples, il faut donc préalablement explorer la texture de l'imaginaire dans lequel se moule cette image idéalisée de l'enfance bouddhiste.

L'enfance, l'imaginaire et la médiatisation du bouddhisme

Fanstamagories bouddhophiles à l'épreuve

Dès lors que l'analyse se tourne vers l'enfance, comme représentation, celle-ci apparaît participer en première instance empirique, en l'occurrence dans le champ des signes et des symboles visibles, à la fabrique du bouddhisme, et des sociétés qui l'ont adopté, comme utopie inscrite au cœur de l'orientalisme occidental. L'enfant bouddhiste, c'est l'enfant-moine, le futur maître de religion, dépositaire à lui seul de pouvoir paranormaux (quelquefois) et des fondements philosophiques de la sagesse (le plus souvent). Les titres des films qui ont connu le plus de succès sont dans ce registre des illustrations particulièrement significatives de cette emphase sur une enfance

9. Cf. Thubten Chodron, *Buddhism for beginners*, Ithaca : Snow Lion, 2001, pp. 133 et suiv.

10. « Comment dois-je enseigner le Bouddhisme à mes enfants ? », article daté du 12 avril 2010, sur le site Buddhachannel <http://www.buddhachannel.tv/portail/spip.php?article12825>.

fantasmée, qui ignore le plus souvent que l'enfant est loin d'être un héros mythique dans le bouddhisme et que la réalité de la vie infantile est bien plus dure dans les sociétés bouddhistes. Si *L'enfant sacré du Tibet* (M. Ritchie 1986) procédait d'une vision particulièrement fantasmagorique des pouvoirs surnaturels de l'enfant au Tibet, en sus, teintée d'une facétie dont on n'est pas sûr qu'elle soit intentionnelle, *Little Buddha* (B. Bertolucci 1993) ramenait le propos (lui aussi réécrit pour s'adapter au grand public) sur la trajectoire de vie de Siddhartha Gautama Shakyamuni, ou le Bouddha, en pointant bien du doigt, derrière la romance, l'apparition de signes prédictifs de sa vocation. *Kundun* (Scorcese 1997) et *Sept ans au Tibet* (J-J Annaud 1997) retracent quant à eux la jeunesse non pas du prophète du bouddhisme, mais l'une de ses figures contemporaines, le 14^e Dalaï-Lama, Tenzin Gyatso. Enfin, *Himalaya, l'enfance d'un chef* (E. Valli 1999) déplace encore la focale sur le parcours de vie (toujours exemplaire) d'un jeune bouddhiste. Ce groupe de productions cinématographiques met la focale sur l'exemplarité de la vocation religieuse qui se constitue à partir de l'enfance. L'enfance est un temps particulier de réalisation de cette vocation, mais n'illustre aucune singularité de l'enfant lui-même, conformément aux principes du bouddhisme, selon lesquels ce serait une simple phase préparatoire à la vie d'adulte, sans l'ensemble des traits distinctifs (sur le plan psychologique, affectif et sociologique) qui lui confèrent une identité à part. Certes, on aura noté que l'ensemble des références citées ci-avant concernent les Tibétains et ne saurait être représentatif de la totalité des statuts des enfants dans les sociétés bouddhistes. Le cas des Tibétains est particulièrement intéressant dans le sens où le Tibet fut la seule société de l'histoire où le pouvoir religieux et la société ont entièrement fusionné (sous la forme d'une théocratie bouddhistes), et dans le sens où le sort réservé aux enfants reflète certains paradoxes : les enfants tibétains, et enfants moines d'autres horizons culturels ou géographiques (de Chine, de Corée, etc.) ont rarement été seulement ces personnages de photographie affichant un éternel sourire de bonheur.

C'est pourtant à partir des modèles tibétains que l'Occident s'est massivement (à défaut d'exclusivement) fondé une image du bouddhisme et un idéal de l'enfance bouddhiste : le rayonnement du 14^e Dalaï-Lama y est pour beaucoup. Mais c'est aussi le système de ces enfants réincarnés, les *tulkus*, par lesquels les principes vitaux d'un maître de religion très avancé dans sa réalisation spirituelle sont « transférés » à un très jeune enfant, reconnu, après un examen rigoureux de ses aptitudes et de son identité, comme nouvelle corporéité du maître en question. Ce système, qui se fonde sur le principe de la métempsycose, a nourri la fascination des Occidentaux à l'endroit du bouddhisme en général, et des traditions tibétaines en particulier. Et si c'est encore

l'enfance qui fait le fil rouge, on quitte le domaine de l'imaginaire en rappelant que l'installation dans la durée du bouddhisme tibétain en Occident correspond également à la « découverte » du premier *tulku* occidental, le jeune lama Ozel (de son nom tibétain) né en Espagne en 1985, qui a été ensuite intronisé et installé en Inde pour sa formation monastique. C'est aussi d'une manière dérivée par l'enfance que se lisent les processus de diffusion et d'institutionnalisation du bouddhisme en Occident.

Débats sur l'enfance : productions occidentales ?

Pour en revenir aux enfants des pratiquants occidentaux du bouddhisme, les initiatives visant à donner un cadre pédagogique à la transmission des valeurs bouddhistes dans le contexte familial viennent surtout des convertis eux-mêmes. Et dans cette perspective, les adeptes nord-américains ont une avance considérable sur les autres : le nombre de volumes consacrés à l'éducation bouddhiste est bien supérieur, signalant par là-même que la multiplication des centres de méditation et des temples dans le paysage américain, leur intégration dans la texture de la vie sociale et individuelle d'un nombre croissant de pratiquants et l'investissement toujours plus profond de ces derniers dans leur religion d'élection, après avoir donné lieu à de multiples ajustements (de temps, de forme, voire de nature de l'activité religieuse pour une audience laïque déjà chargée du poids de ses obligations professionnelles), se heurte désormais aux obligations familiales de ces méditants, et de la prise en charge de leurs enfants¹¹. Sur le mode du récit d'expérience personnelle, comme le fait Karen Maezen Miller¹², sur une phraséologie plus pédagogique, avec Sarah Naphali¹³, voire explicitement didactique comme chez Myla et Jon Kabat-Zinn¹⁴. La revue bouddhiste américaine *Tricycle* a réservé des pages spéciales de son site Internet à l'éducation « bouddhiste » des enfants¹⁵. Une seule émission spéciale du programme télévisuel dominical et confessionnel « Voix Bouddhistes » a été jusqu'ici dédiée à la question de l'enfance et de l'éducation bouddhiste (6 janvier 2002). Et encore, le propos était structuré

11. R. Gross, 1993, *Buddhism after Patriarchy. A Feminist History, Analysis, and Reconstruction of Buddhism*, Albany (NY), State University of New York Press : 238.

12. K. M. Miller, 2006, *Momma Zen : Walking the Crooked Path of Motherhood*, Shambhala.

13. S. Naphali, 2003, *Buddhism for Mothers: A Calm Approach to Caring for Yourself and Your Children*, St Leonards, Allen & Unwin.

14. M. Kabat-Zinn et J. Kabat-Zinn, 1997, *Everyday Blessings: The Inner Work Of Mindful Parenting*, New York, Hyperion.

15. Sur le site Internet <<http://www.tricycle.com/special-section/bringing-up-buddhists-a-resource-guide>>.

autour de deux topiques assez récurrentes : la première, l'altruisme bouddhique, mais aussi l'altruisme à l'endroit des bouddhistes, exposait les conditions sociopolitiques dans lesquelles vivent actuellement nombre d'enfants d'Asie, en particulier les enfants tibétains (l'information traitait surtout d'eux et des systèmes d'aide et de parrainages) ; la seconde, celle de l'« approche bouddhiste » du développement psychoaffectif, évoquait la possibilité d'un traitement conforme aux valeurs du bouddhisme des processus et conditions d'apprentissage de l'humain. La réflexion et les réponses se concentrent donc, de toute évidence, non seulement sur des principes généraux tirés d'un bouddhisme scripturaire ou philosophique qui devrait se traduire en actes concrets, mais également sur le versant adulte du statut des enfants dans le bouddhisme, via une approche par la *transmission*. Celle-ci ne dit rien de la manière dont les enfants réagissent effectivement à ces dispositifs de transmission.

Prise en charge, autorités morales et éducation

L'éducation des enfants de bouddhistes reste, en France, prise en charge par le système scolaire, en parallèle des instructions et transmissions qui s'opèrent dans le milieu familial et/ou communautaire : il y a des écoles chrétiennes, juives et musulmanes, mais pas (encore ?) d'école bouddhiste. Des dispositifs d'accompagnement pédagogique existent sous la forme d'ateliers, de sessions, etc., expressément établis à destination d'un jeune public. Ces dispositifs sont d'ailleurs bien plus nombreux aux États-Unis qu'en Europe, sur le mode du *Dharma Camp* – « camp » de découverte parascolaire du bouddhisme, organisé par les associations culturelles et organisations bouddhistes. Ils présentent alors une physionomie identique – à l'exception du contenu, cela va de soi – aux stages de vacances scolaires (nos « classes vertes », en somme, ou des camps de scoutisme, un rapprochement qui leur correspond sans doute mieux) et, dans ce sens, organisent un rapport duel (domestique/parental d'un côté, institutionnel/religieux de l'autre) à l'éducation, telle qu'on les trouve dans les milieux confessionnels où se perpétuent les principes d'une éducation religieuse parallèle de l'éducation laïque nationale. C'est en tous cas ce que prône, dans le contexte américain, Rita Gross, qui en appelle à la mobilisation des instances religieuses dans la prime éducation des enfants¹⁶. Si l'Europe n'est pas les États-Unis et si la France témoigne depuis 1905

.....
16. R. Gross, *Buddhism after Patriarchy*, op cit. : 237.

un souci particulier s'agissant de l'intervention des instances religieuses dans l'éducation nationale, là aussi, la vie des enfants de bouddhistes se partage donc entre une scolarité tout à fait ordinaire et des temps de rencontre avec la liturgie et les techniques de salut (méditation) bouddhistes, qu'évidemment tout oppose: temps, lieux, nature des activités et nature des obligations à assister et, enfin, modalités et contenus pédagogiques.

Dans le contexte communautaire (i.e. celui de la communauté rituelle, le *sangha*) comme d'ailleurs dans la cellule familiale, la figure de l'autorité religieuse est celle du maître de religion. S'il n'enseigne pas directement aux enfants, il est en contact avec eux par l'intermédiaire des parents. Et son influence comme figuration d'un modèle culturel et religieux s'en ressent d'autant. Je prends ici un premier cas, qui n'est pas anecdotique. Âgé de 5 à 6 ans, celui qui devait être l'aîné d'une famille de convertis m'approche un jour avec un dessin naïf et coloré: un personnage vêtu de pourpre se trouve au premier plan et, en arrière-plan, se dresse un paysage alpestre – « Tu vois, ça, c'est le lama », m'explique-t-il, « et là, au fond, c'est la montagne où il médite ». Sur cette introduction, il déploie alors une histoire teintée de références bouddhistes en général et tibétaines en particulier: une histoire tissée de séquences de découverte et de prise de conscience de l'ordre immanent du monde ainsi que de choix – de réclusion et de sagesse. Bref, une transposition des schèmes structuraux de la vie des prophètes et héros du bouddhisme, tels qu'on les retrouve dans les corpus scripturaires, et tels que les adeptes se les approprient au cours de leur conversion au bouddhisme¹⁷. Des lamas, l'enfant en voyait régulièrement, dans le sens où la résidence de ses parents jouxtait le centre de méditation d'obédience tibétaine où ces derniers pratiquaient. Les moines bouddhistes étaient même invités à prendre le thé ou à dîner. L'enfant baignait véritablement dans un environnement où le bouddhisme occupait une place centrale: rien d'étonnant donc à cette répercussion sur son imaginaire. Encore actuellement, nombreux sont les parents qui se rendent dans les temples accompagnés de leur progéniture, soit pour les faire bénéficier des « mérites » de la pratique (une sorte de capital symbolique accumulé), soit, pour certains, avec le secret espoir que leurs enfants se révéleraient être de « grands sages » en puissance – voire des *tulkus* qui s'ignorent.

Mais le cas du bouddhisme tibétain a un caractère quelque peu singulier et ne peut représenter en totalité les cadres sociaux: il relève en effet d'une tradition monastique qui demeure attachée à une certaine orthodoxie, alors

17. L. Obadia, 1999, *Bouddhisme et Occident. La diffusion du bouddhisme tibétain en France*, Paris, L'Harmattan, passim.

que le paysage bouddhiste français s'avère bien plus diversifié. Dans d'autres courants, plus hétérodoxes ou laïques, le bouddhisme est loin d'imposer des cadres aussi contraignants à la pensée et à la pratique individuelle – sauf pour ceux qui ont fait le choix d'une carrière monastique poussée jusqu'à la réclusion spirituelle. Mais dans les structures monastiques comme dans les mouvances laïques, l'argument de la liberté de penser ses propres convictions face à la religion (du doute à la foi), voire de la liberté de pratiquer plusieurs cultes, a été un puissant trait de rhétorique propice à l'adoption de cette spiritualité non-conventionnelle selon les normes occidentales. Dans le contexte européen, et en particulier en France, il pèse toutefois sur le bouddhisme, comme d'autres produits religieux d'importation ou d'inspiration extrême-orientale, le même soupçon de manipulation mentale, telle qu'elle entoure les nouveaux mouvements religieux dits sectaires, tant il est vrai que, porté par l'ésotérisme occidental puis le New Age, le bouddhisme a été confondu avec eux et a inspiré quantité de développements dits «néo-orientalistes» (principalement des groupes de méditation) dont certains ont été listés comme «dangereux» dans les rapports parlementaires sur les sectes. L'extension du vocable «gourou» à des figures diversifiées du leadership religieux, en particulier des nouveaux mouvements religieux qualifiés de sectaires en vertu de leurs pratiques, a fait de la catégorie religieuse le synonyme d'un leadership totalitaire, qui s'appuie sur une manipulation mentale, et qui cible plus particulièrement des populations «fragiles» et influençables, dont les enfants et les adolescents¹⁸. Si le bouddhisme peut, par contiguïté sociologique, symbolique ou culturelle, parfois être assimilé aux mouvances du nébuleux New Age, il ne se confond plus avec nombre de ces groupes, avec lesquels il encourt un risque d'assimilation – voire de stigmatisation sectaire, comme c'est le cas pour la Soka Gakkai japonaise¹⁹. Mais à quelques exceptions près, les traditions bouddhistes installées en Europe et en Amérique ont été peu entachées de problèmes de cette nature – malgré certaines «affaires» internes qui ont altéré la réputation du bouddhisme d'Occident, et la contiguïté avec les néo-orientalismes, nettement plus suspects de telles pratiques²⁰.

18. Parmi d'autres références sur la question : A. Fournier et M. Monroy, 1999, *La dérive sectaire*, Paris, PUF.

19. L. Hourmant, 1999, «La Soka Gakkai : un bouddhisme "paria" en France ? », in F. Champion et M. Cohen (dir.), *Sectes et Démocratie*, Paris, Le Seuil : 182-204.

20. Voir : L. Obadia, 2007, *Le bouddhisme en Occident*, Paris, La Découverte.

Enfance, bouddhisme et sociétés asiatiques

La situation est quelque peu différente, dès lors que le regard se tourne vers les patries d'origine du bouddhisme. Si en France, la question de la liberté religieuse de l'enfant se pose en termes de droit et se mesure à l'aune des dispositifs sociaux et légaux qui répondent à des abus²¹, il ne faudrait pas oublier que l'ensemble de ces dispositions est particulier des sociétés sécularisées. Or, on peut se demander légitimement si ce n'est pas cette même sécularité, attentive à la défense des droits de l'enfant, qui accentue cette sensibilité du droit civil face au droit religieux, et crée une tension entre les deux.

Dans le cas des pays bouddhistes d'Asie, il convient encore de bien distinguer entre deux statuts qui ne sont pas soumis aux mêmes contraintes : ceux des enfants laïques (*upasaka*) et des enfants moines (*bhikku*). De l'Asie du Sud à l'Asie du Nord, les enfants moines sont nombreux dans les sanctuaires : en Asie du Sud-Est, les *Wat* et *Vihara* (pagodes), en Asie du Nord, les *Gompa* et *Dojo* sont des lieux de socialisation et d'instruction où, jusqu'à une période récente et avant la concurrence des écoles d'État, l'ensemble des compétences intellectuelles étaient transmises. Entre le Theravada (école des anciens, du bouddhisme du Sud) et le Mahayana (école du « grand véhicule », du bouddhisme du Nord) existe néanmoins une différence importante : le premier impose aux jeunes (hommes) au moins une saison (la mousson) dans un monastère afin d'expérimenter la vie ascétique, tandis que le second suppose que l'engagement monastique (moins généralisé) est définitif : c'est une vie entière que l'enfant devra passer dans le *sangha*. Ce qui n'est pas le cas de l'enfant laïque, pourtant lui aussi baigné de culture bouddhique. Mais ce qu'il est important de noter enfin, c'est que, dans le contexte laïque, celui des familles, le bouddhisme est pratiqué en parallèle d'autres cultes (locaux, nationaux) et cohabite avec d'autres croyances : la liberté de l'enfant est celle de bénéficier ici d'un vaste panel de registres (croyances magico-sorcellaires, animistes, bouddhistes mais aussi référents séculiers) dans lesquels ils peuvent puiser avec la même latitude que leurs parents.

L'identité « bouddhiste » des enfants en Asie vient-elle « avec le lait de la mère », comme le suggère malheureusement sans malice Ananda

21. Un seul exemple : M. Églin, 2009, « La protection des enfants face à la liberté religieuse des parents, notamment dans le cas d'appartenance sectaire des parents », *Enfances & Psy*, 3 (44) : 130-140.

W. P. Guruge²², par les méthodes d'inculcation traditionnelles: transmission orale aux enfants des principes de vie, répétition de formules religieuses, participation aux rites? Rien n'est moins sûr. Et au plus loin que se porte le regard ethnologique (de région en région), on observe, depuis un siècle et demi, des processus de «modernisation» de l'éducation. Paradoxalement, cette modernisation (qui emprunte au modèle occidental) n'a pas entraîné un déclin mais au contraire un renouveau du bouddhisme, qui est parti, depuis le xix^e siècle et surtout au xx^e siècle, à la reconquête de l'Asie, en utilisant des méthodes de transmission inspirées des modèles et des techniques de l'Occident.

S'il est vrai que l'ordre monastique a longtemps assumé un rôle central dans l'éducation (notamment rurale) des sociétés de l'Asie du Sud-Est, par sa prééminence sociale et politique (en Thaïlande, au Laos ou au Vietnam par exemple) et si, dans les villages d'Asie bouddhiste, les enfants ne sont pas séparés de la vie des institutions religieuses, pour autant, l'imprégnation en socialisation primaire des symboles et des valeurs du bouddhisme ne rime pas nécessairement avec une détermination verticale. Nombre de rites liés à l'enfance restent inscrits dans des cultes locaux et ne concernent pas le bouddhisme. Et surtout, le choix d'une carrière religieuse peut être, pour les enfants, teintée de stratégie plutôt qu'exclusivement conditionnée.

Pour ne prendre qu'un seul cas, dans la continuité de ceux précités, je prendrai celui des jeunes tibétains qui s'installent ou résident au Népal, que je connais bien pour avoir effectué des terrains d'enquêtes auprès d'eux. Bouddhistes, ils représentent une minorité (8 % contre 86 % d'hindouistes), ils sont en outre exilés et sont considérés comme appartenant à une catégorie ethnique exogène (les *bothias* ou peuples d'ascendance, de culte et de culture tibétaine). Nombre d'entre eux sont très jeunes et se retrouvent dans les monastères en raison de leur statut d'exilés: ils ont fui le Tibet, souvent sans leur famille. Au Tibet, avant 1959, il était d'usage qu'un sixième de la population masculine soit recrutée, dès l'enfance, dans les monastères²³. Les enfants n'avaient ni le choix, ni la liberté de cet engagement monastique, qui était arbitré par des instances supérieures (familles, monastères, structures du pouvoir), et devaient subir, avec plus ou moins de résignation ou de félicité, ce privilège (car il était synonyme d'ascension sociale) d'être retiré de l'activité

22. A. W. P. Guruge, 2005, *Buddhist Answers to Current Issues*, Bloomington (Indiana), AuthorHouse: 54-55.

23. D. Delannoy, 1986 (1959), «La vie monastique au Tibet», in René de Berval (Ed.), *Présence du bouddhisme*, Paris, Gallimard: 223-241.

économique, mais aussi de l'environnement familial, pour trouver une communauté de substitution très hiérarchisée, mais aussi des groupes de pairs. Depuis, la situation a quelque peu changé et la carrière monastique, pour une communauté en exil, dispersée et peu intégrée comme le sont les Tibétains du Népal ou d'Inde, revêt une toute autre signification : intégrer l'ordre du *sangha* peut révéler, sous couvert d'un discours de vocation, le choix de se libérer du joug de l'oppression chinoise du pays d'origine, de la pression sociale du pays d'accueil, et de trouver un environnement hospitalier constitué de pairs ethniques et de classe d'âge, fut-ce au prix d'une réduction de leur liberté d'adolescents. La religion est ici une opportunité, voire un impératif d'adaptation dont les jeunes Tibétains en diaspora ont pleinement conscience²⁴, alors que leurs homologues installés dans les pays occidentaux optent à l'inverse pour des carrières séculières²⁵. Une liberté de choix et des orientations de vie donc stratégiquement orientées et infléchies par des conditions locales – j'y reviendrai.

Illusion de liberté, conditions et conditionnements

Au cours de sa diffusion en Occident, le bouddhisme a fait l'objet d'un certain nombre de réinterprétations au prisme des schèmes de l'orientalisme et du modernisme, qui l'ont érigé au rang de modèle de spiritualité « sans dieux ni dogme », correspondant à un modèle de religiosité contemporaine qui serait exclusivement régie par des logiques individuelles²⁶. Contrastant avec cette vision qui l'a forgé comme le paragon de la liberté religieuse – sur le mode néo-libéral – dans le contexte idéologique de la modernité, le bouddhisme (d'Orient comme d'Occident) se fonde néanmoins sur des normes et éthiques ainsi que des prescriptions culturelles qui donnent à son observance un caractère contraignant, ressenti dans l'expérience ordinaire des pratiquants en contexte communautaire (dans le cadre d'un *sangha*). Le bouddhisme d'Occident fleurit et s'étend ainsi sur l'attraction que ce modèle de « liberté religieuse » exerce sur des sujets individuels, les choix personnels (même s'ils

24. L. Obadia, 2009, « Touristes et Tibétains au carrefour des nomadismes », *Diasporas, Histoire et sociétés*, 14 : 78-94.

25. Cf au Canada, J. McLellan, 1999, *Many Petals of the Lotus: Five Asian Buddhist Communities in Toronto*, Toronto, University of Toronto Press.

26. F. Lenoir, 1999, *La rencontre du bouddhisme et de l'Occident*, Paris, Fayard.

sont socialement et historiquement déterminés) de ces sujets à rejoindre une communauté ou à verser dans des pratiques, mais s'affronte ainsi dans les faits à la réalité des exigences de l'ascèse et aux tensions qui surgissent dans ces circonstances, entre l'illusion de la liberté de choix et le choix de la liberté²⁷. On voit déjà que, pour les adultes, la situation est complexe et recèle quelques paradoxes. Pour les enfants élevés dans le contexte bouddhiste en France et ailleurs en Occident, elle l'est encore plus.

La violence symbolique faite aux enfants ?

Si l'on suit les critiques virulentes des activistes de l'athéisme militant et de l'un de ses leaders en Grande-Bretagne, Richard Dawkins, l'attribution d'une appartenance confessionnelle ou d'une quelconque adhésion religieuse d'un enfant relève d'une aberration – ou est le signe d'un endoctrinement²⁸. D'autres travaux scientifiques, notamment inspirés de la neurobiologie et des sciences cognitives, soutiennent à l'inverse que c'est dans l'enfance que se constituent les mécanismes mentaux responsables des croyances et, partant, de la religion²⁹. Dans cette perspective, dont la pertinence apparente demande quand même une expertise plus détaillée, l'enfant serait une sorte de « théiste intuitif »³⁰. Ce débat ne doit néanmoins pas nous éloigner de ce qui est ici à l'examen : si les cognitivistes élaborent une théorie de la croyance ou de la religion, ils ne nous disent rien de la manière dont se fondent les choix ou les processus d'influence qui mènent à une inscription dans un système de croyance ou dans une religion particuliers. Selon la seconde perspective posée ci-avant, l'enfant ne serait en quelque sorte pas « libre » de croire parce qu'il serait porté « naturellement » (ici : biologiquement) à la croyance. C'est donc moins, dans cette conception psychologique, sur le processus que sur le contenu de la croyance que se fait la différence : l'inscription dans une tradition qui pose des cadres et confère des orientations et des significations aux objets de croyance relève ainsi des injonctions ou des invitations de l'environnement. Qui ne sont pas, contrairement à l'idée que l'on s'en fait habituellement, systématiquement efficaces : il existe une résistance des enfants aux croyances de leurs

27. L. Obadia, 1999, *Bouddhisme et Occident, La diffusion du bouddhisme tibétain en France*, Paris, L'Harmattan.

28. *Pour en finir avec Dieu*, Paris, Robert Laffont, 2008 (traduction française de l'ouvrage *The God Delusion*, 2006).

29. Par exemple, chez Scott Atran ou Pascal Boyer. Pour un bref panorama de ces approches, voir mon *Anthropologie des religions*, Paris, La Découverte, 2007.

30. D. Kelemen, "Are Children 'Intuitive Theists'?", *Psychological Science*, 15 (5) :295-301.

parents et c'est l'adolescence qui va leur donner l'occasion d'exprimer cette liberté de ne pas croire, ou de croire autre chose que ce que propose la famille.

L'enfant pré-pubère au début de l'enquête, et dont l'exemple ouvre ces pages, avait en effet grandi lorsque l'enquête était sur le point de s'achever. Lors de mes derniers séjours dans la communauté à laquelle ses parents étaient liés, il manifestait, comme tout adolescent, une certaine morgue à l'endroit de la religion adoptée par ses géniteurs. Et dans un soupir d'agacement, s'invitant dans nos conversations, lâchant à l'occasion « encore des lamas, toujours des lamas... mes parents ne pensent qu'à ça... » et de tourner les talons pour vaquer à des occupations plus conformes à celles auxquelles on vaque à cet âge : musique, télévision, sociabilité avec les pairs, etc. Le cas sans doute le plus significatif et le plus intéressant est – encore – celui du jeune lama Ozel. Reconnu comme la réincarnation d'un grand maître tibétain à l'âge de 14 mois, il a été ensuite emmené à l'âge de 6 ans au monastère de Sera, dans le nord de l'Inde, pour y être intronisé et y suivre une formation monastique. À sa majorité, il décide finalement de rompre avec le bouddhisme, se défroque, se déclare agnostique et entreprend des études cinématographiques à l'Université³¹. Même s'il ne renie pas l'expérience dont il a bénéficié, il revient néanmoins sur ses années d'enfance et d'adolescence en pointant le caractère contraignant, voire aliénant, de la réclusion monastique, et les troubles qu'elle entraîne dans le développement psychoaffectif de l'enfant qu'il a été.

Ces deux exemples, parmi bien d'autres, signalent à quel point l'inculcation intra ou extrafamiliale des valeurs bouddhistes, même si elle est prétendument efficace en vertu de ses bénéfices psychoaffectifs, peut finalement se révéler fragile. Mais cela amène également une autre question : quel est le seuil d'âge auquel on peut encore parler « d'enfance » pour en mesurer le degré de liberté dont l'individu bénéficie ? La situation des adolescents occidentaux, depuis des décennies assez régulièrement attirés par le bouddhisme³², comme des adolescents asiatiques mais pour d'autres raisons, est bien différente : circonspects quant à leurs choix de vie, ils peuvent opter pour des résolutions similaires en apparence (adhérer au bouddhisme) mais profondément distinctes quant à leurs motivations profondes et aux enjeux (devenir « bouddhiste », pour les uns, avec plus ou moins d'intensité et pour des raisons de mode³³ ; devenir

31. Dans *El Mundo*, du 31/05/2009.

32. Cf. P. Pardue, 1968, *Buddhism. A Historical Introduction to Buddhist Values and the Social and Political Forms they Have Assumed in Asia*, Londres, Collier McMillan.

33. Ce qu'avait critiqué Harvey Cox, dans le contexte nord-américain, dans son livre *L'Appel de l'Orient*, Paris, Le Seuil, 1979.

moine, pour les autres, plus ou moins durablement en fonction de la région où ils se trouvent).

Les exemples jusqu'ici retenus se fondent enfin sur les seuls cas de familles où la volonté des parents en matière de transmission est explicite. Mais quantité de bouddhistes (français) en France (mais aussi aux États-Unis) n'affichent aucune intention ferme en matière de transmission de leurs propres croyances et pratiques à leurs enfants, à l'inverse des descendants de migrants³⁴, même si ces derniers donnent depuis quelques décennies des signes de sécularisation (en particulier en Europe)³⁵. Évidemment, le contexte et les enjeux de la transmission religieuse sont loin d'être similaires pour les deux groupes. Le modèle de l'éducation laïque, tel qu'il prévaut dans les pays d'accueil du bouddhisme hors d'Asie, mais aussi dans certains pays bouddhistes d'Asie, a été un puissant facteur d'injection d'une distance critique à l'endroit de la religion, dans les deux contextes. Mais une généralisation de l'enfance comme topos de transformation du bouddhisme ne se justifie pas sur cette base : car d'un autre côté, s'observent des phénomènes de renforcement communautaire et de fierté ethno-religieuse, qui montrent au contraire que le bouddhisme, sous la pression d'un environnement pluriconfessionnel et multiculturel, est réactualisé comme ressource culturelle dont les enfants s'inspirent pour se façonner une identité – à l'image de leurs parents, poussés à le faire dans un contexte qui s'y prête. C'est notamment le cas aux États-Unis³⁶. La liberté religieuse des enfants, en fait, est ici directement liée à celle des parents, et celle-ci, c'est sans doute un truisme de le rappeler, dépendante de la tolérance de la société environnante à l'endroit du pluralisme confessionnel ou de l'athéisme.

34. Pour les États-Unis, voir encore : R. H. Seager, *Buddhism in America*, *op. cit.*

35. Comme par exemple chez les Vietnamiens, cf. L. Huu Khoa, 1985, *Les Vietnamiens en France*, Paris, L'Harmattan.

36. Cf. D. R. Williams et C. S. Queen (Eds.), 1999, *American Buddhism. Methods and Findings in Recent Scholarship*, Richmond, Curzon Press; J. McLellan, *op. cit.*; ou encore M. Baumann et C. Prebish (Eds), 2002, *Westward Dharma. Buddhism beyond Asia*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press.

Conclusion

Les éléments présentés dans ce texte semblent confirmer que le droit interne (canonique) du bouddhisme situe l'enfance en marge de ses préoccupations majeures, et c'est du côté du droit coutumier (puisant dans des normes et des pratiques culturelles de la société environnante) qu'il faut chercher un complément d'information. Il reste que la thématique de l'enfance, de ses droits et ses traitements est devenue centrale pour le bouddhisme contemporain, fut-il d'Asie ou d'Occident. La « perspective bouddhiste de l'enfance » tracée tant bien que mal par l'Américaine Rita Gross semble faire se rejoindre les principes spirituels des traditions religieuses asiatiques et ceux exposés dans la convention des Nations unies des droits de l'enfant : mais si certaines valeurs clefs (l'individu, le bien-être, le droit, entre autres) peuvent apparaître comme similaires d'un registre à l'autre, c'est à l'évidence au prix d'une réinterprétation du bouddhisme³⁷. Car le droit d'être un enfant, finalement, avec des orientations psychologiques, affectives et pratiques d'un enfant, reste contraire à l'idée bouddhiste que l'enfance n'est pas un état à part, qu'il faut protéger des conditionnements adultes en matière de religion. La question de la liberté religieuse, dans ce contexte comme ailleurs, convoque une approche des conditions sociales qui autorisent ou restreignent les choix de l'enfant s'agissant du fait (1) d'avoir une religion, (2) celle de ses parents ou une autre (3) ou de ne pas en avoir. En outre, sur le plan psychologique et sociologique, l'argumentation scientifique doit prendre en compte les deux théories antagonistes concernant l'adhésion religieuse et, partant, non pas seulement des circonstances sociales, politiques et idéologiques qui encadrent la liberté individuelle et en particulier celle des mineurs, mais également la perception subjective ou normative de la liberté : le conditionnement, d'une part, – qui peut être vécu comme une aliénation – ou la destinée – qui peut être vécue comme un épanouissement³⁸.

Le cas du bouddhisme reflète assez précisément l'impossibilité d'établir une théorie générale (sauf à l'enfermer dans une lecture à plat du scripturalisme religieux ou de la scolastique, dont on a vu qu'elle était, dans ce cas, assez pauvre ou peu significative) du statut de l'enfant dans la religion, sans restituer la complexité historique et socioculturelle des contextes dans lesquels des formes singulières du bouddhisme façonnent des dispositifs également

37. *Op. cit.*

38. Cf. L. Obadia, 2004, *La religion*, Paris, Le cavalier Bleu éditions.

singuliers qui configurent, à des degrés divers, le statut et la marge sociale d'activité et de liberté de l'enfance.

Si le bouddhisme ne semble pas présenter ces cas extrêmes d'abus ou de maltraitance sur enfants, qui se sont multipliés ces dernières années dans d'autres traditions religieuses, les enfants qui accompagnent souvent malgré eux l'«odyssée spirituelle» de leurs parents dans le bouddhisme (en France ou en Occident) ne sont pas nécessairement heureux de le faire (pas plus que les enfants asiatiques d'Asie ne sont malheureux d'intégrer un ordre monastique).

La différence tracée entre l'enfant religieux (le moine) et l'enfant dans le religieux (le laïc) n'est plus ici affaire de contexte socioculturel ou national mais d'enjeux psychologiques et sociaux: au malaise d'être la réincarnation d'un Tibétain, un jeune Espagnol a opposé sa volonté de retourner à l'agnosticisme, et à la difficulté d'être un exilé sans travail ni avenir, les jeunes Tibétains du Nord du Népal répondent par l'entrée dans des ordres monastiques où ils trouveront des conditions de vie plus satisfaisantes que celles qu'ils ont abandonné au Tibet.

Entre les enfants de bouddhistes et les enfants bouddhistes, entre les jeunes d'Occident et ceux d'Asie, quelle liberté serait, finalement, entravée et laquelle ne le serait pas? En injectant un peu de relativisme culturel dans la notion de «liberté» tellement universalisée qu'on en oublierait qu'elle s'inscrit dans une sémantique occidentale, je préférerais focaliser sur les «stratégies» que déploient les individus pré-pubères, d'adaptation, de résistance ou d'engagement dans la religion bouddhiste, sur la base d'une évaluation toute personnelle des coûts et bénéfices sociaux et psychologiques qu'ils vont en retirer. Je voudrais surtout, et en conclusion finale, souligner qu'en Asie comme en Europe, et malgré les différences de contexte, la condition de l'enfance ne peut être, dans le cas précis du bouddhisme, entièrement conditionnée par des référents religieux: elle est tributaire de conditions sociales, de contextes économiques, de circonstances historiques, de configurations politiques et de cadres de référence culturels particuliers. Car enfin, le bouddhisme n'est pas une religion dont les normes et les prescriptions scripturaires sont particulièrement contraignantes en général, elles peuvent l'être ou non, et ainsi astreindre ou stimuler la liberté de l'enfant. «Être né quelque part...», dit la chanson.

Intervention au « Séminaire sur la liberté religieuse de l'enfant » Université de Strasbourg le 29 octobre 2010

« Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ? »

.....
*Salim Daccache s.j.
Docteur en Philosophie, Paris 1
Docteur en Sciences de l'Éducation, Université de Strasbourg
Professeur de Philosophie religieuse,
Université Saint-Joseph de Beyrouth
Doyen de la Faculté des Sciences religieuses
de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth*

Introduction : La place de l'enfant dans le Coran. Le Coran et la Sunna du Prophète, les deux sources du Droit concernant la famille et l'enfant

En parlant de l'enfant et de son éventuelle liberté religieuse dans la religion musulmane, il sera judicieux de commencer cette intervention par une conviction annoncée par le livre saint de l'Islam, le Coran, qui dit: « Les richesses et les enfants sont la parure de la vie de ce monde »¹. Au moins une vingtaine de fois, le Coran répète cette conviction que les enfants sont une richesse inestimable; un commentaire dira qu'il ne s'agit pas d'un simple profit: les richesses et les enfants sont un don divin: « Nous vous avons donné ensuite une revanche sur eux. Nous avons accru vos richesses et le nombre de vos enfants. »²

.....
1. Sourate 18, verset 46.

2. Le Coran, sourate 17, verset 6.

Toutefois et d'après les auteurs musulmans connaisseurs de la tradition religieuse et sociale, « le statut de l'enfant en Islam, pour être compris, ne peut pas se limiter aux seuls textes du Coran »³. Il est à souligner que ce texte sacré donne seulement une vue globale de la conduite à tenir vis-à-vis de l'enfant : protéger sa vie, subvenir à ses besoins affectifs et matériels, son corps, sa moralité et ses biens contre les agissements de ceux qui exercent l'autorité sur lui, veiller sur son éducation religieuse et profane, etc. « Tels sont des principes généraux auxquels les juristes font appel pour élaborer les lois destinées à être appliquées dans la vie sociale des musulmans. La Sunna, ou Tradition du Prophète, s'ajoute à l'orientation coranique pour en expliquer, interpréter, préciser ou encore compléter le sens »⁴. Par exemple, si le Coran parle du droit de l'enfant d'hériter, c'est la sunna, c'est-à-dire la parole du Prophète, qui vient préciser qu'un enfant parricide ne peut quant à lui profiter de ce droit.

À côté du Coran et de la sunna s'ajoutent aussi les autres sources du droit musulman, en particulier celles liées aux activités intellectuelles des jurisconsultes comme la recherche de l'intérêt général, mais il est plus judicieux de se limiter aux seules sources divines du droit musulman, le Coran et la sunna, car il est hasardeux de trop élargir notre champ d'investigation.

La signification du terme « enfant » selon la religion musulmane ?

Pour mieux saisir la situation de l'enfant dans la religion musulmane, il est souhaitable de préciser tout d'abord ce que nous entendons par le terme « enfant » selon la terminologie islamique car, pour les commentateurs, cet enfant devra être pris en charge par ses parents, de point de vue de sa protection physique et psychologique et de son éducation humaine, intellectuelle, morale et religieuse, tant qu'il est mineur.

En fait, le Coran utilise plusieurs termes pour désigner l'enfant :

- le mot *walad* وَلَد, au pluriel *awlad* أَوْلَاد est souvent utilisé indifféremment pour les deux sexes ;

3. Cheikh Mohammed Nokkari, « Le statut de l'enfant dans le Coran et la sunna », texte inédit d'une conférence donnée au colloque L'enfant en droit musulman », la Cour de Cassation – Paris le 14 janvier 2008 : 1.

4. Cheikh Mohammed Nokkari, « Le statut... », *op. cit.* : 1.

- il en est de même pour Tifl طفلة pluriel atfal أطفال. Le Coran n'a cependant pas utilisé le féminin tiflah ;
- le mot saghir صغیر pluriel sighar صغار de son féminin saghirah صغيرة désigne l'enfant en bas âge ;
- le mot sabī⁶, pluriel sobian qui signifie « jeune », quoique le terme peut avoir un sens péjoratif ;
- Ibn ابن pluriel abna' أبناء, désigne la progéniture masculine, alors que bint بنت pluriel banat بنات, désigne la progéniture féminine. Ce terme est très utilisé dans le livre sacré ;
- zurriya ذرية désigne les descendants en général.

À côté de ces mots, il existe des adjectifs qui désignent spécifiquement l'enfant, comme le fait de mentionner son état d'orphelin (yatim یتیم), le fait qu'il soit allaité (رضیع), qu'il ne soit pas pubère منكم الحلم منكم⁷ والذين لم يبلا غوا إلحلم منكم – « ceux des vôtres qui n'ont pas encore atteint la puberté » – ou qu'il ait atteint l'âge du discernement ou de la majorité فإن بل غوا إلنكاح فإن⁸ حتى إذا بل غوا إلنكاح فإن⁸ أنستم منكم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم

« Jusqu'à ce qu'ils atteignent (l'aptitude) au mariage ; et si vous ressentez en eux une bonne conduite, remettez-leur leurs biens. »

Le statut et les droits de l'enfant dans la religion musulmane : les cinq étapes de l'enfance

Au cas où l'on fait une lecture attentive du Coran et de la Sunna, nous constatons que l'enfant est celui qui, depuis sa conception et après sa naissance et jusqu'à sa majorité, passe par cinq étapes. Pour chacune de ces étapes, il y a des droits qui sont formulés à l'avantage de l'enfant, droits dont certains seront convertis en devoirs, que les tuteurs doivent respecter. Une parole qu'on attribue au Prophète souligne que lors des sept premières années de la vie, les parents doivent câliner l'enfant ; pendant les sept années suivantes,

5. Le mot « tofl » désigne plutôt l'enfant en bas âge. Le droit de l'enfant est traduit en arabe par *houqouq al- tofl ou al abna'*. Cf. *Nizam al Usra fil Islam*, le système familial en Islam, par un groupe d'auteurs, Maktabat al- Falah, Koweit : 149.

6. Les ouvrages du droit musulman introduisent généralement un chapitre sur le *sabiy* ou *saghir* qui est l'enfant jeune qui n'a pas encore atteint l'âge de la puberté.

7. Le Coran, sourate Al-Nour 24, verset 58.

8. Le Coran, sourate Al Nissaa 4, verset 6.

l'éduquer ; sept ans plus tard, ils doivent le prendre comme ami ; et, ensuite, ils lui lâcheront la corde, pour dire qu'ils doivent lui donner son autonomie.

La période qui précède sa naissance est celle de la décision des époux de se marier : les textes parlent du droit de l'enfant d'avoir des parents qui sont liés par un mariage légal (*shar'î*)⁹. La moralité et la religiosité, en plus de la bonne apparence, sont les deux qualités de base que les époux doivent posséder afin de les transmettre à leurs enfants et que c'est un droit de l'enfant que d'avoir de tels parents. De même, l'islam interdit l'adultère pour une raison bien pratique : cette forme de relation peut aboutir à la naissance d'enfants sans droit d'avoir des parents en situation légale, ce qui peut laisser des traces sur sa psychologie.

1. La deuxième période s'étend de sa conception (lorsqu'il est fœtus) jusqu'à sa naissance (étant donné que les dispositions relatives aux fœtus font prévaloir sa qualité d'être humain qui peut déjà acquérir des droits comme la succession et l'héritage). Le Coran évoque la création de l'enfant à partir d'une combinaison de liquides qui recueille des traits physiques et psychiques de son père et de sa mère, insistant sur le fait qu'il s'agit d'une création par Dieu lui-même¹⁰. Il interdit aussi l'avortement, sanctionné par le Coran et la sunna ; ces deux textes portent une vénération à la mère enceinte, lui accordant en cas de divorce une pension alimentaire et exigeant qu'elle soit traitée avec distinction. Le Coran revient à plusieurs reprises sur ces exigences avec éloquence¹¹.

2. La troisième période s'étend de la naissance jusqu'à l'âge de 7 ans. Pour les juristes, l'enfant, dès sa naissance, a un droit à la filiation. Cette filiation est la conséquence du mariage considéré comme légal, même entaché de vice. Si l'enfant naît orphelin et du fait que l'adoption en islam est interdite, l'enfant peut être confié à une famille par le biais du recueil légal *kafala* الكفالة qui permet à l'orphelin ou à l'enfant naturel d'être à la charge d'une famille d'accueil jusqu'à ce qu'il soit autonome¹². Existente deux formes de recueil légal, notarial et judiciaire.

D'après certains textes, à la naissance, il est préférable qu'on chante le Coran dans l'oreille du nouveau-né les deux *shahada*¹³ afin qu'il écoute les versets divins. Dès qu'il commence à parler et à formuler des phrases, il est recommandé de lui apprendre à prier et de l'emmener à la mosquée, cela n'étant pas

9. Cf. Nizam al Usra, « Le système familial en Islam », *op.cit.* : 83-99.

10. Le Coran, sourate 80, v. 17-19

11. Le Coran, sourate 65 : 1-7 ou sourate 2 : 226/30.

12. Sur la situation actuelle de la tutelle des enfants orphelins voir : <http://www.apaerk.org/kafala.php>.

13. Nizam al-Usra fil Islam, « Le système familial en Islam », *op. cit.* : 151.

vu comme un devoir pour l'enfant mais un droit qui lui est consacré. Étant enfant, il n'y a pas d'âge pour lui inculquer les bonnes mœurs islamiques consistant à s'habituer à la vie dure et à s'éloigner des mauvaises amitiés.

L'enfant a le droit également d'avoir un prénom qui ne lui porte pas de préjudice moral. La sunna considère l'attribution d'un joli prénom comme un droit de l'enfant opposable aux parents. Le Prophète changeait souvent les prénoms des enfants de ses compagnons qui portaient à confusion avec des noms d'animaux ou d'objets méprisés¹⁴.

À la naissance de l'enfant, l'islam a prescrit la circoncision pour les garçons. Cette pratique, qui trouve son origine dans les textes de la sunna, n'a pas fait l'unanimité chez les jurisconsultes. Elle concerne aussi les filles, pour certaines, bien que la majorité des juristes confirme qu'elle est permise sauf avis médical contraire. « La tendance actuelle considère l'excision comme un acte non religieux pratiqué par des sociétés antéislamiques qui doit être interdit selon l'avis des médecins experts. »¹⁵

L'allaitement maternel fait aussi partie des devoirs à l'égard de l'enfant. Le Coran mentionne ce droit à plusieurs reprises et fixe la période de l'allaitement complète à deux ans : « Les mères qui veulent donner à leurs enfants un allaitement complet, les allaiteront deux années entières¹⁶ », précise le Coran. L'enfant a aussi droit à la nourriture, à l'habillement et au logement : « Le père doit assurer leur nourriture et leurs vêtements, conformément à l'usage » confirme le Coran¹⁷.

L'enfant a aussi le droit à la garde, lui assurant une protection matérielle et psychologique. Il s'agit d'un devoir que doit accomplir sa mère jusqu'à un certain âge ou jusqu'à sa majorité, selon l'avis des écoles jurisprudentielles. L'appartenance de la mère à une religion outre que l'islam n'a aucun effet sur le droit de garde de son enfant, même si son père est musulman. L'islam donne aussi à l'enfant le droit de se reposer et de se consacrer à ses loisirs. Les parents ont le devoir de l'aider et de l'encourager.

3. La quatrième période s'étend de l'âge de 7 ans jusqu'à l'âge de la puberté, appelée « l'âge du discernement », ou de la prise de responsabilité, le *taklif*¹⁸.

14. Un hadith dit : « Le droit de l'enfant est que son père lui donne un beau prénom » *قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بَشِّرْ وَلَدَكَ بِحَسَنٍ أَوْ حَسْبٍ»*.
15. Cheikh Mohammed al Nokkari, « Le statut... », *op. cit.* : 10.

16. Le Coran, sourate 2, verset 233.
17. Le Coran, sourate 2, verset 233.

18. Cf. *Encyclopédie de l'Islam*, article « Taklif, assujettissement aux obligations morales », est-ce *bil-shar'*, la loi ou *bil-'aql*, la raison de Daniel Gimaret », vol. X.

Durant cette période, l'enfant doit être préparé à devenir une personne responsable (*mukallaf*). Dès ses 7 ans, commence véritablement la socialisation de l'enfant. Il découvre qu'il doit se plier aux règles de la vie en société et respecter autrui. Son action sera déterminée, au fil des années, par l'éducation de ses parents qui s'appliqueront à le soumettre à des règles de conduite respectant sa religion et les valeurs morales de la société islamique.

Une lecture moderne et ouverte musulmane montre que « le premier droit de l'enfant durant cette période est son droit à l'enseignement ». Les versets coraniques et les textes de la Sunna sont nombreux à faire prévaloir l'enseignement sur toutes autres choses, y compris celles qui le laissent se consacrer à ses dévotions religieuses. Une des paroles du *Hadith* prescrit l'enseignement à tout homme et à toute femme, même s'ils doivent aller en Chine pour apprendre. Il dit aussi : « Les anges se soumettent à celui qui cherche à apprendre une science ; le savant vaut mieux que celui qui se consacre à l'adoration de Dieu. Sa place est comme la lumière diffusée par la pleine lune par rapport aux lumières des autres planètes. Les cieux, la terre et toutes les choses, même les baleines dans l'eau, implorent le pardon des savants. » Les commentaires de cette parole expliquent que l'adoration consacrée à Dieu profite à celui qui l'accomplit, du fait que la science du savant rayonnera pour toute l'humanité. Dans une autre parole, le Prophète met l'accent sur le droit des enfants à l'enseignement car ils sont destinés à une époque qui est différente de l'époque de leurs parents¹⁹. Il en est de même des exercices sportifs car le Prophète favorisait la nage, le tir à l'arc et l'équitation²⁰.

Vient ensuite la préparation de l'enfant à accomplir ses pratiques religieuses, telles la prière et le jeûne. Une parole du Prophète mentionne : « Ordonnez à vos enfants de faire la prière lorsqu'ils atteignent leur septième année ; et contraignez-les à la faire lorsqu'ils atteignent l'âge de dix ans ; donnez-leur aussi des lits séparés. »²¹ Une interprétation littérale (mentionner en note la référence) demande à ce que les enfants soient frappés s'ils n'accomplissent pas leurs devoirs religieux, c'est le droit des parents et de Dieu sur eux.

L'éducation morale de l'enfant est exigée à cet âge-là. Le Coran impose des règles de politesse et de discrétion afin de protéger la vie intime de chacun. De façon plus spécifique, le Coran leur interdit d'entrer chez autrui sans avoir demandé la permission au préalable. Pour ce qui est des enfants, « le Coran leur accorde une certaine tolérance, mais non une exemption ». De même, la

19. "مَنْ أَمَرَ رِيْغَ نَامِزْلٍ نَوَقُولُ خَم مَهْنِإِفْ مَكْدَالُوْأْ أَوْمَلْعَ" : ثنا دحلان ص 19.

20. Cf. Nizam al-Ustra fil Islam, *Le système familial en Islam*, op. cit. : 156.

21. Hadith relaté par Abou Daoud.

façon de manger, de boire, de se purifier, de marcher et de parler fait l'objet de références dans le Coran et la Sunna.

En définitive, la sourate coranique qui concentre le plus de versets relatifs à l'éducation des enfants, est la sourate intitulée sourate « Luqman »²², d'après le nom d'un Sage des temps anciens. Cette sourate nous rapporte l'enseignement que Luqman dispensait à son fils : le culte pur à Dieu, la reconnaissance envers les parents, l'acquisition des règles de la morale et du bon comportement et enfin, la prise en considération (*i'tibar*) des choses et des événements avec un œil objectif : c'est-à-dire à se fier à ses propres observations et surtout à ne pas écouter ceux qui donnent leur opinion sur un sujet qu'ils ne maîtrisent pas : « Ne voyez-vous pas que Dieu vous a assujetti ce qui est dans les cieux et sur la terre ? Et Il vous a comblés de Ses bienfaits apparents et cachés. » La considération intellectuelle, le *nazar 'aqli* rationnel est un terme récurrent dans le Coran ; l'éducation au *nazar* est une obligation ainsi que son exercice²³.

Le premier enseignement que Luqman lui donne, après avoir rendu à Dieu un culte pur, est de Lui être reconnaissant ainsi qu'envers ses parents. Sa mère le porte dans son sein en endurant peine sur peine, et il n'est sevré qu'au bout de deux ans. Père et mère sont à son service. « Toutefois, s'ils t'importunent pour que tu m'associes quelque chose dont tu n'as pas une science certaine, ne leur obéis pas, mais comporte-toi envers eux, dans ce monde, en honnête compagnon. »

Ensuite, Luqman fait remarquer à son enfant que Dieu est attentif et bien informé de tout ce que nous faisons : l'enfant doit donc apprendre à bien se comporter, non pas de peur que ses parents ne le punissent, mais par respect pour Dieu « qui voit tout » : « Ô mon enfant, fût-ce le poids d'un grain de moutarde, au fond d'un rocher, ou dans les cieux ou dans la terre, Dieu le fera venir. Dieu est infiniment Doux et Parfaitement Connaisseur », dit le Coran.

Luqman poursuit ses recommandations qui portent essentiellement sur le bon comportement en société, en disant à son enfant de faire la prière et de bien se comporter tout en lui enseignant la modestie : « Ô mon enfant, accomplis la prière, commande le convenable, interdis le blâmable et endure ce qui t'arrive avec patience. Telle est la résolution à prendre dans toute entreprise.

22. Cf. Sourate 31 pour les paragraphes et les citations suivants ; Luqman est un personnage cité par le Coran comme symbole de piété et de sagesse. La tradition la plus accréditée rapporte que c'est un Nubien de la Haute-Égypte. Les uns disent que ce fut un Prophète, d'autres que ce fut un sage. D'autre part, le même terme 'ilm en arabe, désigne les sciences exactes et les sciences religieuses.

23. Le Coran est censé faire allusion en 16, 125.

Et ne détourne pas ton visage des hommes, et ne foule pas la terre avec arrogance: car Dieu n'aime pas le présomptueux plein de gloriole. Sois modeste dans ta démarche, et baisse ta voix, car la plus détestée des voix, c'est bien la voix des ânes.»

De l'âge de la puberté jusqu'à l'âge de la majorité (*al-rushd*),

Je cite ici un auteur musulman contemporain²⁴: « En tant que Musulmans, nous devons observer la validité de cette étape puisque nous savons que la responsabilité (*Taklif*) pour nos pensées et actions commence à la puberté (*Bulough*). Ceci signifie que même si nous ne pouvons pas être un « adulte » socialement, nous sommes considérés comme tel spirituellement. Évidemment, ceci devrait évoquer toutes sortes de drapeaux rouges et avertissements pour les parents, se rendant ainsi compte que la tâche d'éducation est la plupart du temps achevée à l'âge de 12 ou 13 ans, ou selon l'âge où l'enfant atteint la puberté. À ce moment-là, le jeune sera complètement responsable devant Dieu de tout ce qu'il fait. Ceci ne signifie pas qu'être parent finit à ce moment-là, mais cela accentue la signification de ces premières années et le rôle crucial que les parents jouent. Nous devons établir une base solide de sorte que nos enfants fassent les choix appropriés au moment venu. »

L'enfant pubère doit, à cet âge, accomplir ses devoirs religieux, poursuivre ses études et agir de la meilleure façon avec ses parents, de telle sorte qu'il lui est défendu de leur adresser ne serait-ce qu'un seul mot désagréable, au risque d'aller à l'encontre de l'enseignement du Coran qui dit: « Ton Seigneur t'ordonne l'adoration envers lui et la bienfaisance pour tes parents. Soit que l'un d'eux ait atteint la vieillesse ou qu'ils y soient parvenus tous les deux, garde-toi envers eux de tout signe d'irrévérence ou de répulsion. Ne leur tiens qu'un langage des plus respectueux. Incline-toi humblement par tendresse pour eux, et adresse au ciel cette prière: "Seigneur, fais éclater Ta Miséricorde pour ceux qui m'ont élevé pendant mon enfance". »

Le pubère doit aussi savoir qu'il lui incombe de se soumettre aux lois de la société et aux règles de la politesse. Le Coran mentionne: « Quand les enfants atteindront l'âge de la puberté, ils devront, avant d'entrer chez vous, s'y faire autoriser à l'instar des adultes.²⁵ »

24. Cf. Dr Aisha Hamdan, Professeur assistant à l'université de Sharjah, texte sur: <http://www.islam-pourtous.com/education/394-adolescence-agitation-ou-transition-.html>.

25. Le Coran, sourate al-Nour 24, verset 59.

Situation actuelle de l'enseignement religieux entre la famille et l'établissement scolaire : faire les choix qui conviennent

Ce ne sont plus les parents qui accomplissent à eux seuls cette tâche d'éducation religieuse et morale. En cela, ils sont relayés dans une société comme la libanaise ou l'arabe d'une manière générale par l'établissement scolaire communautaire dans sa variété : certains comme les établissements *al-Makassed* au Liban ont choisi, en plus de la mémorisation du Coran et certains dits du Prophète, de s'adresser aussi à l'intelligence de l'élève comme dit le directeur de ces écoles ; l'élève ne doit pas seulement apprendre par cœur, mais se poser la question du comment et du pourquoi²⁶. En deuxième lieu, le maître mot est celui de la modération et de la tolérance dans les gestes, les attitudes et, surtout, les paroles, le tout fondé en raison et dans le texte sacré lui-même. La troisième orientation est celle du respect de l'autre dans sa vérité et sa différence. Un autre groupe d'établissements obéit à des considérations idéologiques et politiques qui, tout en appelant formellement au respect de la diversité, n'hésite pas à endoctriner ses élèves dans un sens déterminé et généralement fondamentaliste qui pourrait anathématiser l'autre. Un troisième groupe d'établissements communautaire a choisi de ne pas offrir l'enseignement de la religion mais d'assurer des cours de morale, laissant la question de la foi à la responsabilité de la famille ou bien à l'école coranique de la mosquée. Certaines familles, surtout celles qui scolarisent leurs enfants dans des établissements laïques ou aconfessionnels, ont recours à des ulémas connus pour leur modération pour donner des cours de religion musulmane ; certaines familles, minoritaires, ne s'intéressent pas à l'enseignement religieux. Toutefois, la religion, pour un habitant de la région du Moyen-Orient, est de plus en plus un facteur d'identification et d'appartenance non seulement religieuse, mais aussi confessionnelle (*madhhabi*). La laïcité peut être vue d'une manière négative ou soupçonnée d'annihiler la religion et la morale. Il faut en tenir compte. Il y a vingt ans, des enfants musulmans scolarisés dans une école chrétienne suivaient sans grand problème les cours d'instruction religieuse chrétienne comme un cours de culture morale ou religieuse, car le culte et l'adhésion à la religion étaient une affaire de famille. Actuellement, dans un contexte de repli identitaire, les parents ne désirent plus que leurs enfants rejoignent les

26. Cf. S. Daccache, 2010, *Le pluralisme scolaire au Liban*, thèse soutenue en Sciences de l'Éducation à l'université de Strasbourg : 214.

classes de catéchèse par peur d'être considérés comme renégats ou bien n'assumant pas leur rôle modèles de parents musulmans. À signaler aussi que les programmes d'enseignement religieux demeurent des programmes d'instruction de la doctrine de la religion dont l'enfant est le fidèle et la religion de l'autre est vue à travers le prisme de sa propre religion ; au Liban, la réforme de l'éducation de 1994-1997 avait octroyé un enseignement de culture religieuse présentant les différentes religions et confessions, mais ce programme n'a pas pu voir le jour, les autorités religieuses s'opposant farouchement à sa mise en place. D'après le responsable de l'instruction religieuse dans les écoles musulmanes de Beyrouth, qui est un doctorant dans notre faculté des Sciences religieuses, j'ai compris que les programmes validés par *dar al-Ifta'* ne comportent aucune attaque contre les autres religions et mettent l'accent sur l'apprentissage des fondements de la religion musulmane ; de même, ils enseignent que tout enfant naît dans une religion déterminée de la *fitra* ou bien par nature ; ainsi, par nature, il a une religion chrétienne, juive, sabéenne, et que le fait qu'il naisse avec une religion devrait le guider vers l'islam, ou bien à la rigueur vers une autre religion. Au Liban, la *dar al-Ifta'* n'accepte aucun changement de religion avant les 18 ans.

Il est vrai que les écoles communautaires privées et privées non religieuses prônent des valeurs de citoyenneté et de convivialité, mais celles-ci demeurent commandées par la force des valeurs religieuses de tous genres propres à chaque religion et à chaque communauté.

Les diverses déclarations et chartes des droits de l'enfant et la question de l'identité religieuse

En discutant avec un juriste et cheikh musulman sur ce sujet, en ce qui concerne l'enfant, son point de vue était que l'islam, ainsi que les musulmans ne pouvaient suivre la législation internationale dans ce domaine, comme celle proposée par la Charte de New York de 1989, ou bien adopter les points de vue occidentaux qui veulent donner à l'enfant une éducation qui lui permet ou le prépare de choisir une religion autre que l'islam²⁷ ; étant mineur, l'enfant dépend de la parole de ses parents qui, s'ils sont justes comme musulmans, doivent prendre en charge son éducation religieuse et morale d'après les préceptes de l'islam qui voit dans cette éducation un droit dont l'enfant doit en profiter. Ce n'est qu'en devenant adulte et atteignant l'âge de la majorité que cette personne peut réfléchir et choisir une autre religion ou bien tout

27. Cf. pour le texte de la Charte de New York : http://www.admin.ch/ch/f/rs/o_107/index.html.

simplement quitter la religion en vertu du verset qui dit : « nulle contrainte en religion ». Mais là encore, la question est fortement débattue en Islam entre une interprétation ouverte de ce verset et les tenants de la ligne sévère qui voient en toute sortie de l'Islam une apostasie (*al-ridda* ou *al-irtidadd*) fondée sur un dit du prophète qui aurait dit : « celui qui quitte l'Islam, tuez le »²⁸ ; nous savons que les législations des pays musulmans sont contraignantes pour leurs sujets musulmans qui veulent changer de religion, préférant confier la question aux tribunaux spécialisés que de la laisser entre les mains de la *hisba* ou forme de justice individuelle ou sociale.

Du point de vue des chartes et des déclarations concernant le droit de l'enfant dans le monde musulman, il est judicieux de référer à trois documents :

- la déclaration adoptée par le 7^e Sommet islamique tenu à Casablanca (Maroc) du 13 au 15 décembre 1994, sous le titre *La Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique et le Covenant des droits de l'enfant en Islam* ;
- le Covenant des droits de l'enfant en Islam adopté par la 32^e Conférence des ministres des Affaires étrangères des États islamiques, qui se sont réunis du 28 au 30 juin 2005 à Sana' a (Yémen), est un texte qui concerne l'ensemble de la vie de l'enfant et son appartenance religieuse²⁹ ;
- la Déclaration de Rabat sur l'enfance dans le monde islamique, déclaration adoptée à l'issue de la Première conférence islamique des ministres chargés de l'enfance, à Rabat, Royaume du Maroc, du 7 au 9 novembre 2005, organisée en collaboration entre l'Organisation islamique pour l'éducation, les sciences et la culture (ISESCO), le Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF) et le Secrétariat général de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI)³⁰.

En ce qui concerne la liberté religieuse de l'enfant, l'article 8 de la Déclaration de Casablanca dit la chose et son contraire en rappelant deux principes. Le premier stipule la garantie de la liberté religieuse totale et le deuxième rappelle qu'il est interdit au musulman de changer de religion : « Tout en garantissant la liberté de l'homme d'embrasser librement et en dehors de toute contrainte, la religion de son choix, l'Islam interdit au Musulman d'abjurer sa religion qui est le sceau de toutes les révélations célestes. En conséquence,

28. Hadith d'Ibn Abbas repris par le recueil d'al-Boukhari, mais non par celui de Muslim. Les quatre écoles juridiques tendent à accepter le sens littéral de ce hadith.

29. Pour les deux textes, cf. http://www.acihl.org/articles.htm?article_id=14.

30. http://www.aidh.org/DE/Images/Declara_Rabat%20.pdf.

la société musulmane s'engage à sauvegarder la pérennité de la "Fitra" (disposition naturelle immaculée) et de la Foi de ses enfants et à protéger ceux-ci contre les tentatives visant à leur faire renier leur religion musulmane.»

Quant au texte du Covenant des droits de l'enfant en Islam, il adopte un ton modéré mais n'abroge pas la Déclaration et rejoint, quant au fond, les préoccupations de Casablanca. Le préambule de la charte considère que «la présente convention réaffirme les droits de l'enfant dans la *chari'a* islamique et ses prescriptions, tout en tenant compte des législations internes des États. Ce préambule déclare respecter les droits des enfants issus des minorités et communautés non musulmanes, et affirme ainsi les droits humains que les enfants musulmans et non musulmans ont en partage». Ce texte reprend en fait, d'une manière directe ou indirecte, les préceptes de la loi musulmane concernant l'enfant et l'organisation de la famille tels que les ouvrages traditionnels les exposent. Dans cette charte, il est question de libertés individuelles de l'enfant, mais toujours assujetties à la charia, la loi musulmane. Je cite :

1. «Tout enfant capable de discernement, selon son âge et son degré de maturité, a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, soit par la parole, par l'écrit ou tout autre moyen légal, sans incompatibilité avec les préceptes de la chari'a et les règles de conduite.
2. Tout enfant a droit au respect de sa vie privée. Néanmoins, il appartient aux deux parents ou aux représentants légaux de l'enfant d'exercer un contrôle islamique raisonnable sur le comportement de celui-ci. En cela, l'enfant n'est soumis qu'aux seules restrictions définies par la loi et qui sont nécessaires pour préserver l'ordre public, ou la sécurité, la morale publique, la santé publique, les droits et les libertés fondamentales d'autrui.»

Dans le contexte de l'éducation religieuse de l'enfant, la charte entend :

- développer sa personnalité, ses valeurs religieuses et morales et son sens de la citoyenneté et de la solidarité islamique, (de la foi et de la Charri'a selon les cas) et, de même, lui apporter les moyens nécessaires au développement de ses facultés mentales, psychiques et physiques de manière à lui permettre de s'ouvrir aux critères communs des civilisations humaines ;
- favoriser son acquisition des capacités et aptitudes lui permettant de faire face aux situations nouvelles, de se départir des traditions négatives et de s'initier à la réflexion scientifique et objective.

Ce même Covenant des droits de l'enfant en Islam, en insistant sur les droits des fœtus et de l'égalité entre les filles et les garçons, proclame l'in-

terdiction de toute propagande cherchant à détourner l'enfant de sa religion musulmane.

La déclaration de Rabat souligne, ce qui peut être considéré comme un pas significatif, que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant constitue une référence fondamentale en matière de promotion et de protection des droits de l'enfant. Elle souligne l'engagement des représentants à :

- respecter et garantir les droits de tous les enfants dans nos sociétés sans aucune discrimination et sans distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou d'appartenance sociale ;
- se conformer aux principes généraux des droits de l'enfant, en veillant, entre autres, aux meilleurs intérêts des enfants, à la non-discrimination, à la participation, à la survie et au développement, lesquels principes constituent le cadre de toute action dédiée aussi bien aux enfants qu'aux adolescents.

Ces deux premiers principes d'ordre général sont suivis par d'autres soulignant les principes islamiques comme la nécessité « de promouvoir le patrimoine islamique commun, en vue de sensibiliser davantage les jeunes musulmans aux valeurs de l'islam, de consacrer chez eux le sentiment de fierté quant aux réalisations de la glorieuse civilisation islamique et de contribuer à la consolidation de la communication, de l'entente et de la tolérance entre les peuples et les religions » ; le second consiste à « faire connaître les valeurs de l'Islam relatives aux femmes et aux enfants par l'intermédiaire des médias de masse et diffuser une image authentique et honorable de l'islam et de ses principes pérennes ». Le souci des ministres s'occupant de l'enfance est plutôt d'ordre pratique lorsqu'il s'agit de prendre des mesures concrètes dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la protection contre les violences, de l'investissement en de nouveaux projets et de la mise en place d'un procédé d'évaluation et de suivi.

Conclusion : la liberté religieuse de l'enfant, un élément d'une vaste question.

Cette vaste question est celle d'une conception de la liberté et celle de la possibilité de changer de religion d'une manière générale, y compris pour l'enfant. Il n'est pas un secret que cette liberté est fondée sur l'article 18 de cette Déclaration universelle, qui stipule : « 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, seul ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement de rites.» Si, au moment de la signature, des pays musulmans ont approuvé le texte et son contenu, d'autres pays islamiques comme l'Arabie saoudite avaient protesté contre la phrase: «ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction». L'argument était que cet article jouait en faveur des interventions politiques étrangères qui se présentent comme des missions pratiquant le prosélytisme; pour l'ambassadeur d'Égypte solidaire de l'Arabie saoudite, on comprend bien les motifs de ces missions dites «missions civilisatrices» qui n'ont d'autre but que d'imposer leur «propre conception des droits de l'homme: la conception libérale», dans laquelle se trouve la liberté de changer de religion. Cet argument est associé à celui de la Chari'a qui ne peut accepter un retournement contre sa propre religion de quelqu'un qui n'a pas la capacité intellectuelle pour le faire: «Nul n'envisagera plus d'adopter la foi islamique sans qu'il ait au préalable mûri sa décision à la lumière de la raison et de la science, et en vue d'une conversion définitive et permanente.»

³¹ Toute tentative de conversion ne peut que semer le doute dans les cœurs des croyants et peut perturber l'ordre public. L'article 14 de la Convention de New York des droits universels de l'enfant sur la non-discrimination est le parallèle de l'article 18 de la Déclaration universelle. Dans ce sens, la route est longue, mais que les États musulmans soient conscients de l'importance des droits humains à l'éducation, à la protection contre la violence et à la santé est un chemin significatif qui peut mener à une libération et à une prise de conscience de l'enfant de ses propres droits.

Pour conclure ce survol de la question dans les textes musulmans, la question suivante est légitimement posée: la religion musulmane se rapproche-t-elle de l'article 14 de la déclaration de la non-discrimination religieuse, qui insiste sur le fait que les parents doivent guider l'enfant dans l'exercice du droit susmentionné et appelle les États à limiter les pratiques de religions ou de convictions qui peuvent porter atteinte à l'enfant? Je dirai que dans le domaine de l'éducation et de la reconnaissance de la liberté de conscience, des pas discrets ont été faits, mais la route est encore longue pour atteindre une forme avancée de ce droit considéré comme laïque par l'islam. En fait, dans un contexte de mondialisation perçue comme une menace et provoquant un fort repli identitaire culturel et religieux et un appel à la sauvegarde de la

31. Cf. *La liberté religieuse en tant que droit de l'Homme dans l'Islam*, par Mohammed Amin AL-MIDANI.

religion, l'appel à un droit comme celui de la liberté religieuse pour l'adulte et pour l'enfant demeure problématique et objet de suspicion.

En finale, rappelons-nous le texte de Gibran, notre poète libanais ainsi que le poème d'Abu l Qasim al Chabi de Tunisie sur la liberté de l'enfant.

Venant d'une terre religieuse, le Liban, le grand poète libanais Gibran Khalil Gibran, dont le chant sur l'enfance ne cesse de résonner, nous livre un carnet de route afin de donner à l'enfance sa juste place par rapport aux adultes³².

« Vos enfants ne sont pas vos enfants.
Ils sont les fils et les filles de l'appel de la Vie à elle-même.
Ils viennent à travers vous, mais non de vous.
Et bien qu'ils soient avec vous ils ne vous appartiennent pas.
Vous pouvez leur donner votre amour, mais non point vos pensées,
Car ils ont leurs propres pensées.
Vous pouvez accueillir leurs corps, mais pas leurs âmes,
Car leurs âmes habitent la maison de demain, que vous ne pouvez visiter,
pas même dans vos rêves.
Vous pouvez vous efforcer d'être comme eux, mais ne tentez pas de les
faire comme vous.
Car la vie ne va pas en arrière, ni ne s'attarde avec hier.
Vous êtes les arcs par qui vos enfants, comme des flèches vivantes, sont
projetés.
L'Archer voit le but sur le chemin de l'infini, et Il vous tend de Sa puis-
sance pour que Ses flèches puissent voler vite et loin.
Que votre tension par la main de l'Archer soit pour la joie ;
Car de même qu'Il aime la flèche qui vole, Il aime l'arc qui est stable ».

Ô fils de ma mère

« Tu es né libre comme l'ombre de la brise
et libre telle la lumière du matin dans le ciel.
Là où tu allais, tu gazouillais comme l'oiseau
et chantaï selon l'inspiration divine.
Tu jouais parmi les roses du matin
jouissant de la lumière là où tu la voyais.
Tu marchais – à ta guise – dans les prés,
cueillant les roses sur les collines.

.....
32. Extrait du Livre "le Prophète" de Gibran Khalil Gibran.

Ainsi Dieu t'a conçu, fils de l'existence
et la vie ainsi t'a jeté dans ce monde.
Pourquoi accepter la honte des chaînes ?
Pourquoi baisser le front devant ceux qui t'ont enchaîné ?
Pourquoi étouffer en toi la voix puissante de la vie
alors que retentit son écho ?
Pourquoi fermer devant la lueur de l'aube tes paupières illuminées
alors qu'est douce la lueur de l'aube ?
Pourquoi te satisfaire de la vie des cavernes ?
Où donc est le chant ? Et où le doux élan ?
Aurais-tu peur de la beauté du chant céleste
Craindrais-tu la lumière de l'espace dans la plénitude du jour ?
Allons, réveille-toi, prends les chemins de la vie.
Celui qui dort, la vie ne l'attend pas.
N'aie crainte, au-delà des collines,
il n'y a que le jour dans sa parfaite éclosion.
[...]
À la lumière ! La lumière douceur et beauté.
À la lumière ! La lumière est l'ombre des Dieux. »

Le 20 février 1929

(Abou El-Kassem El-Chabi, « Ô fils de ma mère », dans Diwan)

Traduit par Ahmed Ben Othman)

Le financement public des cultes

Introduction

.....
Fabrice Bin
Maître de conférences en droit public,
université Toulouse 1 Capitole, IRDEIC –
Centre d'excellence Jean Monnet – CERFF

En ces temps de crise économique, de rigueur budgétaire et de spirale dépressive, quoi de plus actuel que les affaires religieuses, et plus encore sous l'angle très matériel de leur financement public ?

Sans parler du problème psychologique posé par les périodes d'effondrement où la croyance est un refuge bien connu de l'Homme – ce qui ne relève pas de notre champ de compétence – comme souvent, cette période de crise révèle et va révéler la force d'âme des individus, la solidité des liens unissant chaque peuple¹ et les ressorts ultimes de la société. Ce n'est pas en période de vaches grasses que l'on peut se poser ce genre de questions. C'est en période de pénurie, de restriction des dépenses publiques, d'arbitrages difficiles entre le souhaitable, le nécessaire et l'indispensable que l'on peut interroger la pertinence de chaque ligne budgétaire.

Ce contexte particulier explique qu'il ait semblé pertinent de consacrer le dossier qui suit à cette question. Plusieurs projets scientifiques replacent depuis quelques années la question du financement des cultes au cœur du débat public². En langue française, outre les travaux belges³, un ensemble de

.....
1. Il n'y a qu'à observer sur la péninsule ibérique la résurgence spectaculaire – et pour le moins inattendue en cette période où les difficultés financières des régions autonomes laissaient présager une reprise en main de Madrid sous couvert d'aide financière – de la question catalane au sein de la *Respublica* espagnole.

2. Un important colloque a ainsi eu lieu à Messine en 2006 dans le cadre du "European Consortium for Church and State Research" : B. Basdevant-Gaudemet et S. Berlingo (dir.), 2008, *The Financing of Religious Communities in the European Union. Le financement des religions dans les pays de l'Union européenne*, Leuven, Paris, Dudley, MA : Peeters, VIII : 350 p.

3. Notamment les colloques organisés le 8 octobre 2004 à Namur. J.-F. Husson (dir.), 2005, *Le financement des cultes et de la laïcité : comparaisons internationales et perspectives*, Namur, Les éditions namuroises : 272 p. ; 2011, *Financement des communautés convictionnelles. Quels enjeux ? Quelles options ?*, Charleroi, 28 mars 2011. Il faut aussi relever la rédaction de deux rapports publics en moins de cinq ans : M.-F. Rigaux et Mortier (dir.), Commission chargée de l'examen du statut des ministres des cultes reconnus (ou « Commission des sages »), établie par AR du 10/11/2005, *Rapport final* :

séminaires de réflexions est actuellement coordonné par M. Messner, directeur de recherche au CNRS, dans le cadre du projet *Religare*⁴. Nous souhaitons ici apporter une contribution à ces réflexions.

L'objectivité oblige à relativiser géographiquement ce problème. Le financement public des cultes ne pose pas la même difficulté en temps de crise dans chaque pays de l'Union européenne. Le contexte général de sécularisation des sociétés ne s'est pas exprimé historiquement selon les mêmes formes partout⁵.

Dans ce cadre sociologique et en période de restriction financière généralisée, certains pays, parce que la crise y a pris jusqu'à présent une forme plus aigüe mais aussi parce que le financement des cultes y est historiquement et institutionnellement plus important, se sont plus particulièrement posé le problème du financement des cultes et de ses modalités: la Grèce et l'Italie notamment, dont les cas nous sont présentés respectivement par les professeurs Th. Fortsakis (Athènes) et C. Sachetto (Turin), A. Dagnino (Palerme) et F. Santagata (Naples).

Au cœur de ce problème général, par-delà les modalités techniques de financement des cultes qui, jusqu'à présent il faut bien le dire, constituaient l'essentiel des interrogations sur le sujet, se pose la question fondamentale de la justification du financement public des cultes. Face à des justifications qui sont longtemps restées de nature historique ou sociologique⁶, il s'agit désormais d'identifier plus précisément la justification juridique fondamentale de ce financement. Le signataire de ces lignes présentera le fruit de ces réflexions dans la deuxième partie du dossier.

.....
Le financement par l'État fédéral des ministres des cultes et des délégués du Conseil central laïque, Bruxelles, Le Moniteur: 228 p. FOD Justitie/SPF Justice (http://www.just.fgov.be/fr_htm/information/htm_justice_a_z/cultes_doc/rapport_fr.pdf) et L.-L. Christians et M. Magits (dir.), 2010, *La réforme de la législation sur les cultes et les organisations philosophiques non confessionnelles. Rapport du Groupe de travail instauré par Arrêté Royal du 13 mai 2009*, Bruxelles, Le Moniteur: 177 p.

4. Soutenu par la Commission européenne (7e Programme-cadre de recherche et de développement), le programme *Religare* a pour sujet le «*Pluralisme religieux et [la] sécularisation en Europe*» (dir. F. Messner et A. Fornerod dans le cadre du laboratoire PRISME) et, sur le sujet qui nous intéresse, a donné lieu à trois colloques dirigés par F. Messner: «Financement public des Cultes en Europe: approche historique», 13 déc. 2010 à Strasbourg; «Financement des cultes: pratiques émergentes» (dir. avec L. Christoffersen), 12 mai 2011 à Copenhague et «Communautés religieuses et financement public», 27 juin 2012 au Parlement européen (Strasbourg).

5. Sur ce sujet, cf. notamment B. Basdevant-Gaudemet et Fr. Messner (dir.), 1999, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, coll. *Histoires*: 254 p.

6. La contribution italienne précitée nous montre que plusieurs types et plusieurs niveaux de justification peuvent coexister.

Pour conclure ce dossier et faire état des évolutions les plus récentes de cette problématique, le régime français du financement public des cultes sera présenté sous son angle administratif, par une analyse critique de la jurisprudence du Conseil d'État depuis les décisions du 19 juillet 2011 par le professeur E. Forey (Besançon).

Une introduction a deux fonctions essentielles : définir le sujet et présenter les grandes lignes de son analyse. Sa deuxième fonction étant remplie, cette introduction ne peut se conclure sans une rapide définition ou, plus exactement, une rapide délimitation du sujet. Les lignes précédentes ont peut-être surpris le lecteur par leur caractère elliptique et les rapprochements artificiels qu'elles pouvaient laisser entendre. Il convient ici de bien préciser que l'existence d'un problème commun à l'ensemble des pays européens (et même au-delà) ne saurait justifier l'assimilation abusive entre le régime de séparation de la France notamment (mais aussi de la très catholique Irlande, ce que l'on ignore souvent), les pays ayant longtemps eu un culte national établi (Royaume-Uni, Pays-Bas) dont certains sont passés dans un régime de suppression des subventions publiques aux cultes (Pays-Bas) et enfin les très nombreux pays où l'État assume le financement des cultes. Malgré ces divergences, une caractéristique commune peut être observée : que ce soit directement (le plus souvent) ou indirectement (c'est le cas de la France, notamment sous l'angle fiscal, nous y reviendrons), tous les États européens subventionnent des Églises. Des charges budgétaires, c'est-à-dire comptablement des décaissements définitifs, ont partout pour objet des objets culturels, sous diverses formes. En France même, où la laïcité est présentée comme une part indiscutable de « l'identité constitutionnelle »⁷, plusieurs territoires de la République sont en situation de subventionnement direct (Alsace-Moselle, Guyane). Le financement public des cultes est donc bien un sujet pertinent

7. En référence à la Décision 2006-540 DC du 27 juill. 2006 du Conseil constitutionnel, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ; *Rec.*, p. 88 ; *JO* du 3 août 2006 : 11541 et à la mention de la laïcité en tant qu'illustration de cette identité par le président Mazeaud, lors de son discours de vœux au président de la République en janvier 2005. La laïcité est d'ailleurs une des très rares illustrations potentielles de cette identité constitutionnelle formulée à la suite du président Mazeaud par les divers commentateurs de cette notion (cf. notamment X. Magnon, *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, Europe : 6-12 et B. Mathieu, 2005, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18 : 141 s.). Il est vrai que son enjeu sous-jacent est la limitation de la prépondérance du droit de l'Union européenne pour lequel la laïcité est un enjeu d'importance sans commune mesure avec celle du marché unique.

même dans une République laïque, ce qui ne manque pas d'interroger sur la nature de celle-ci.

Avant de laisser le lecteur prendre connaissance des différentes contributions qui suivent, il convient ici de remercier M. le professeur Th. Rambaud et l'ensemble du comité de rédaction de la revue *Société, Droit & Religion* de leur confiance témoignée par la responsabilité de ce dossier et, surtout, de rendre hommage à la pertinence de M. F. Messner dont les suggestions sont directement à l'origine de la structure adoptée pour le traitement de cette épineuse question.

I^{re} partie : « le financement public des cultes et la crise économique européenne »

Présentation générale du problème

.....
François Bin

La crise de la zone euro a forcé plusieurs pays à une reprise en main vigoureuse de leurs finances publiques, en contrepartie parfois d'aides européennes propres à leur éviter la faillite et surtout afin de maintenir un crédit international contesté.

Les budgets de rigueur adoptés dans de nombreux pays européens se traduisent classiquement par des hausses d'impôts (ou de recettes fiscales, ce qui n'est pas exactement la même chose) et des réductions de dépenses. Dans de nombreux pays le financement des cultes n'est pas directement remis en question. Il est touché comme d'autres lignes de dépenses par les gels ou réductions généralisés des crédits mais aussi par la limitation des dépenses fiscales, plus connues désormais sous le vocable de « niches fiscales ». Le plafonnement des niches fiscales en France par exemple implique en conséquence des répercussions sur les avantages fiscaux retirés par les particuliers de leurs versements pécuniaires auprès de diverses manifestations des cultes de leur choix.

Plutôt que d'étudier ces situations diverses où le financement public des cultes n'est pas spécialement distingué, il a paru plus judicieux de présenter le problème dans deux pays où la question a été publiquement posée et largement relayée par les médias au niveau international. Il s'agit bien évidemment de la Grèce, où l'État et la société sont toujours indéfectiblement liés à l'Église métropolitaine orthodoxe, et l'Italie, où la présence vaticane et l'importance historique du catholicisme a rendu plus évidente la discussion du financement public des cultes (pas forcément sur son principe d'ailleurs). La décision du Conseil d'État italien en date du 8 octobre 2012 est venue raviver ces débats. L'exemption de taxe foncière (*IMU*)¹ bénéficiant à toutes les associations à but

.....
1. *Imposta Municipale Unitaria* (*IMU*) qui a remplacé l'*Imposta Comunale Sugli Immobili* (*ICI*).

non lucratif, au premier rang desquelles l'Église catholique, a été critiquée depuis son introduction en 2005². La violation probable du droit de l'Union européenne ainsi que le coût de cette dépense fiscale (évaluée entre cinq cent millions et deux milliards d'euros) ont amené les gouvernements successifs à réduire cette mesure. L'amendement au décret-loi du 24 janvier 2012 adopté par le gouvernement Monti en février 2012 pour limiter cet avantage aux seuls locaux non commerciaux a été censuré par le Conseil d'État de la République d'Italie, entraînant l'application la plus large de la disposition initiale³. Une réforme est néanmoins annoncée par le gouvernement Monti avec une entrée en vigueur prévue pour 2013. L'Église devrait alors payer l'impôt foncier pour l'ensemble de ses activités immobilières rentables, même mixtes⁴.

La situation grecque est étudiée par Monsieur le professeur Théodore Fortsakis, de l'Université d'Athènes tandis que Monsieur le professeur Claudio Sachetto de Turin nous présente, avec ses collègues de Naples et Palerme, la situation italienne.

2. Cf. l'article du professeur M. Ventura, "Italian Church and State Ambiguities Challenged by the Debt Crisis". The ICI/IMU Affair, sur le site <http://www.o-re-la.org>, 20 mars 2012.

3. Cf. dépêche AFP du 8 oct. 2012 et les articles «En Italie, le Conseil d'État refuse une loi taxant davantage l'Église», Paris, *La Croix*, 8 oct. 2012 et «L'Église italienne échappe à la taxe foncière», Paris, *Le Point*, 9 oct. 2012.

4. « Dans un communiqué, le gouvernement de Mario Monti a promis que "le cadre réglementaire sera complètement défini d'ici au 1er janvier 2013, début de l'année fiscale, avec pour effet le plein respect du droit communautaire et la détermination des activités susceptibles d'être soumises à cet impôt". Jusqu'alors, l'Église italienne était assujettie à la taxe immobilière pour ses bâtiments exploités à des fins commerciales, mais pouvait y échapper pour ceux qui avaient un double usage commercial et non lucratif. Il suffisait jusqu'à présent qu'un hôtel soit doté d'une chapelle pour qu'il échappe à toute taxe foncière. » (Dépêche AFP, 9 oct. 2012)

Églises et fiscalité en Grèce

Theodoros Fortsakis
Professeur de l'Université Nationale et Capodistrienne d'Athènes
Président de la Faculté de Droit

1. L'Église Orthodoxe de Grèce et les autres Églises en Grèce

1.1. L'Église de Grèce occupe une place spécifique au sein de l'État hellénique. La Constitution hellénique (de 1975, révisée en 1986, 2001 et 2008), à l'instar de toutes les Constitutions adoptées depuis la création de l'État au début du XIX^e siècle, est proclamée «au nom de La Trinité Sainte, Consubstantielle et Indivisible». L'article 3 de la Constitution, placé sous le titre général de «Rapports entre l'Église et l'État», dispose que :

«– 1. La religion dominante en Grèce est celle de l'Église Orthodoxe Orientale du Christ. L'Église Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour Chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la Grande Église de Constantinople et à toute autre Église chrétienne du même dogme, observant immuablement, comme celles-ci, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions. Elle est autocéphale et administrée par le Saint-Synode, qui est composé des Évêques en fonction, et par le Saint-Synode Permanent qui, émanant de celui-ci, est constitué comme il est prescrit par la Charte Statutaire de l'Église, les dispositions du Tome Patriarcal du 29 juin 1850 et de l'Acte Synodique du 4 septembre 1928 étant observées. – 2. Le régime ecclésiastique existant dans certaines régions de l'État n'est pas contraire aux dispositions du paragraphe précédent. – 3. Le texte des Saintes Écritures reste inaltérable. Sa traduction officielle en une autre forme de langage sans l'approbation de l'Église Autocéphale de Grèce et de la Grande Église du Christ à Constantinople est interdite.»

Cependant, la portée pratique de ces proclamations concernant la place de la religion ou de l'Église Orthodoxe Orientale du Christ en Grèce se trouve fortement tempérée par l'article 13 de la Constitution, qui prévoit que :

«– 1. La liberté de la conscience religieuse est inviolable. La jouissance des libertés publiques et des droits civiques ne dépend pas des convictions religieuses de chacun. – 2. Toute religion connue est libre, et les pratiques de son

culte s'exercent sans entrave sous la protection des lois. Il n'est pas permis que l'exercice du culte porte atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le prosélytisme est interdit.– 3. Les ministres de toutes les religions connues sont soumis à la même surveillance de la part de l'État et aux mêmes obligations envers lui que ceux de la religion dominante.– 4. Nul ne peut, en raison de ses convictions religieuses, être dispensé de l'accomplissement de ses obligations envers l'État ou refuser de se conformer aux lois. – 5. Aucun serment n'est imposé qu'en vertu d'une loi qui en détermine aussi la formule.»

Ainsi la liberté religieuse est-elle pleinement garantie en Grèce et il n'existe aucune discrimination fondée sur les convictions religieuses. Il reste qu'en Grèce, il n'existe pas de séparation officielle de l'Église et de l'État. Plus précisément, l'Église de Grèce est une personne morale de droit public ; le clergé est nommé et payé par l'État et les nominations aux dignités ecclésiastiques sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives compétentes au même titre que tout acte administratif.

1.2. La majorité écrasante de la population se réclame de l'Église orthodoxe orientale, mais il existe certaines minorités religieuses. La plus importante est constituée par les musulmans, soit environ 300 000 personnes vivant surtout dans le nord-est du pays. La Grèce s'était déjà engagée à respecter leur liberté religieuse par le traité gréco-turc de Lausanne de 1913 et par le traité de Lausanne de 1923. Les diverses institutions musulmanes (telles que les muftis, les établissements d'enseignement, etc.) sont organisées en tant que personnes morales de droit public. Les « vakoufs », c'est-à-dire les diverses institutions musulmanes qui possèdent une fortune immobilière ou mobilière mise au service d'un but pieux, d'utilité publique ou philanthropique, constituent des « personnes morales de droit privé séparées de la minorité » et sont considérés comme des fondations d'utilité publique, gérées par des « comités de gestion des minorités musulmanes de la Thrace de l'Ouest siégeant à Komotini, Xanthi, Alexandroupoli et Didymoteicho » (loi n° 1091/1980). Ils jouissent du même traitement fiscal favorable que les autres personnes morales d'utilité publique. Les terres vakoufiques de Rhodes relèvent d'un organisme spécial, reconnu par la jurisprudence comme étant de nature limitée et *sui generis*. Le traité de Lausanne de 1923 ne s'applique pas au Dodécanèse (l'archipel d'îles de la mer Égée auquel appartient Rhodes) et, par conséquent, l'Organisme des vakoufs ainsi que les autres personnes religieuses, d'utilité publique ou philanthropique, que constituent les habitants de ces îles relèvent non pas de ce traité mais du droit commun grec.

1.3. Il reste en Grèce, après leur extermination massive pendant la Seconde Guerre mondiale, environ 6 000 israélites, organisés en communautés locales (loi n° 2456/1920 et décret royal n° 29/29-5-1949), reconnues comme des

personnes morales de droit public et gérées sur la base de leurs statuts particuliers. La fiscalité des successions des israélites qui ont péri pendant de la Seconde Guerre mondiale sans héritiers a fait l'objet d'une réglementation particulière (décret législatif n° 656/1948).

1.4. Les chrétiens catholiques sont organisés administrativement autour de quatre archevêchés (Naxos-Tinos-Mykonos-Andros, Corfou-Zante-Céphalonie-Métropole des îles Ioniennes, Athènes et Rhodes), de quatre évêchés (Syros, Santorin, Crète et Chios), du vicariat apostolique de Thessalonique, de l'exarchat catholique hellénique et de l'exarchat des catholiques arméniens. La loi et la jurisprudence grecque ne leur reconnaissant pas la personnalité juridique, la cour de Strasbourg a fini par condamner la Grèce (Église catholique de La Canée contre Grèce, 143/1996, 762/963/16-12-1997). Depuis, la personnalité juridique des institutions catholiques est reconnue, mais les catholiques réclament une reconnaissance égale à celle de l'Église orthodoxe orientale, des musulmans et des israélites, sans succès jusqu'à ce jour.

1.5. Les protestants (évangélistes) ne sont pas non plus des personnes morales de droit public, mais la jurisprudence leur reconnaît une personnalité morale de droit privé, sous forme de fondations ou associations. Selon le conseil juridique de l'État, les avantages fiscaux attribués aux « religions connues », protégées par la Constitution, s'étendent aux diverses associations civiles de droit privé à but religieux fondées dans leur cadre (avis n° 337/2002).

1.6. L'Église arménienne, quoique reconnue comme auto-administrée et constitutionnellement protégée en tant que « religion connue », ne possède pas elle-même de personnalité morale ; cependant, la personnalité morale de droit privé (fondation) est reconnue à ses diverses subdivisions administratives, telles que les églises.

1.7. Les chrétiens fidèles à l'ancien calendrier, détachés de l'Église orthodoxe en 1924 pour n'avoir pas suivi l'introduction en Grèce du calendrier grégorien, ont formé initialement une communauté unique qui a, par la suite, éclaté en une multitude d'organismes séparés ayant du mal à se faire reconnaître comme une « religion connue » et bénéficié de la protection constitutionnelle afférente. Récemment, certaines jurisprudences leur reconnaissent ce statut (voir par exemple arrêt 2823/1999 du Tribunal de première instance d'Athènes). Mais l'exercice de leurs pratiques religieuses est libre (voir la déclaration du secrétaire d'État au ministère de l'Éducation et des Cultes à l'Assemblée nationale du 23 avril 1975, lors du vote de la Constitution).

1.8. Enfin, les témoins de Jéhovah sont reconnus simplement sous forme d'association à but religieux non lucratif (voir par exemple arrêt 520/1989 du Tribunal de première instance d'Athènes, qui a reconnu ce statut et a dispensé une telle association de la taxe de succession).

2. La fiscalité des Églises

Les articles 78 à 80 de la Constitution, consacrés à la fiscalité et à la gestion financière, ne font aucune mention de l'Église.

La question du traitement fiscal de l'Église redevient d'actualité chaque fois que l'État augmente la charge fiscale des personnes physiques et morales ou introduit de nouveaux impôts tout en exemptant habituellement les religions connues, situation qui n'est pas sans provoquer des réactions de la part des autres contribuables. Les exonérations fiscales des Églises et la prise en charge du coût salarial des prêtres de l'Église orthodoxe par l'État sont particulièrement critiquées à l'heure actuelle, où le pays traverse une grave crise financière et a été obligé d'imposer une fiscalité ordinaire et extraordinaire très lourde aux contribuables.

L'article 4, paragraphe 5, de la Constitution prévoit que « les citoyens hellènes contribuent indistinctement aux charges publiques selon leurs facultés ».

Le type de personnalité juridique, que l'ordre juridique hellénique reconnaît à chaque Église ou religion, ou le type de personnalité qu'il reconnaît à leurs subdivisions organisationnelles déterminent leur traitement fiscal. Cela signifie que les Églises qui sont organisées en personnes morales de droit public jouissent d'un traitement fiscal privilégié, puisque des exonérations leur sont accordées, contrairement à celles qui sont organisées en simples personnes morales de droit privé (association ou fondation) et qui sont traitées de la même manière que toutes les personnes morales de cette sorte : situation susceptible de générer une inégalité fiscale.

Voici la situation concernant les divers impôts principaux.

2.1. L'impôt sur le revenu des personnes physiques

Par la loi de nécessité n° 536/1945 et la loi n° 1041/1980, l'État a pris en charge les salaires du clergé séculier et des prélats de l'Église orthodoxe. Les rémunérations de ces derniers, qui sont accrues par les droits tirés de la délivrance des autorisations de mariage, de divorce, etc., sont soumises à l'impôt sur le revenu provenant de services salariés. En revanche, les pourboires (très courants et généreux) pour la célébration des offices échappent à l'impôt, ce qui revient en réalité à une fraude fiscale.

2.2. L'impôt sur le revenu des personnes morales

Les églises et les monastères de toute religion ou tout dogme connu, les églises métropolitaines orthodoxes et l'exarchat catholique grec, le Diaconat apostolique de l'Église de Grèce, le monastère de Patmos, le monastère du mont Sinaï, le Saint Sépulcre, le Patriarcat œcuménique, les Patriarcats de Jérusalem et d'Alexandrie, l'archevêché et les monastères stavropégiques (i.e. dépendant du Patriarcat de Constantinople) de Chypre sont imposés, y compris pour l'année de déclaration 2012, au taux de 20 % pour les revenus bruts tirés de la location d'immeubles ou de terres.

Les revenus présumés tirés de biens meubles appartenant à des dogmes et religions «étrangers reconnus» sont exonérés, sous réserve de réciprocité, dès lors que ces biens sont utilisés pour le culte et la prestation de services de nature religieuse.

Le revenu net des personnes morales religieuses tiré de valeurs mobilières (dividendes, obligations, titres de l'État grec, etc.) est imposé conformément aux dispositions communes.

Certaines exonérations résultent également de l'application des conventions visant à éviter la double imposition du revenu et du capital signées par la Grèce avec d'autres pays concernant les personnes morales étrangères à but non lucratif poursuivant des objectifs religieux ou similaires qui figurent dans ces conventions et sont actives en Grèce.

Enfin, la suppression (en vertu de l'article 15 de la loi n° 3220/2004) de la contribution paroissiale (35 % sur les revenus bruts de l'église paroissiale), qui constituait un revenu compensatoire de l'État pour la prise en charge complète par celui-ci des salaires du clergé séculier orthodoxe (prévue par la loi de nécessité n° 536/1945) et des prélats (loi n° 1041/1980), n'a pas été accompagnée de l'introduction, en contrepartie, d'une charge analogue au profit de l'État permettant de couvrir la dépense salariale susmentionnée, qui grève le budget de l'État.

2.3. L'impôt sur la fortune immobilière

Les biens immeubles utilisés par les dogmes et religions connues visés à l'article 13, paragraphe 2, de la Constitution ainsi que par la Sainte Communauté du Saint Sépulcre, le monastère du mont Sinaï, le Mont Athos, le Patriarcat de Constantinople, le Patriarcat d'Alexandrie, le Patriarcat de Jérusalem et l'Église orthodoxe d'Albanie et qui leur servent à accomplir leur œuvre culturelle, éducative, religieuse et d'utilité publique, ainsi que les églises privées de dogmes et religions connues affectées au culte commun

sont exonérés de l'impôt sur la fortune immobilière (article 27 et suiv. de la loi n° 3842/2010).

2.4. L'impôt sur la vente d'immeubles

Pour ce qui est de l'impôt sur la vente d'immeubles, sont entièrement exonérées les personnes morales de droit public (et donc toutes les personnes morales de droit public ecclésiastiques ou religieuses), les églises (mais aussi les oratoires, voir avis n° 606/2000 du Conseil juridique de l'État, arrêt 4186/1987 de la Cour administrative d'appel d'Athènes, arrêt 549/991 du Conseil d'État) et les monastères de toute religion, mais non les fondations religieuses, philanthropiques et éducatives, qui sont imposées au taux plein (loi de nécessité n° 1521/1950, dans sa rédaction actuelle).

2.5. L'impôt sur les successions et les donations

Les acquisitions pour cause d'héritage dont les ayants droit sont des personnes morales de droit public (et donc toutes les personnes morales de droit public ecclésiastiques ou religieuses), les églises, les monastères, la Sainte Communauté du Saint Sépulcre, le monastère du mont Sinaï, le Patriarcat de Constantinople, le Patriarcat de Jérusalem, le Patriarcat d'Alexandrie, l'Église de Chypre, l'Église orthodoxe d'Albanie ainsi que des personnes morales à caractère non lucratif et les patrimoines visés à l'article 96 de la loi de nécessité n° 2039/1939, dès lors qu'ils poursuivent de manière avérée des buts religieux au sens de l'article premier de la loi précitée, sont soumis à une fiscalité autonome, au taux de 0,5 %.

2.6. La taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

Le Mont Athos, en raison de son statut géographique privilégié, ainsi que toutes les personnes morales de droit public (et donc celles de nature religieuse) sont exceptés de l'application des dispositions de la loi n° 2859/2000 relative à la TVA quand ils perçoivent légalement des taxes, droits ou autres contributions en accomplissant des actes de livraison de biens ou de prestation de services dans le cadre de l'accomplissement de leur mission et dans la mesure où celle-ci constitue une manifestation de «puissance publique». En revanche, ces personnes morales de droit public sont soumises aux dispositions relatives à la TVA communes à tous quand les actes susmentionnés ont le caractère d'«activité économique indépendante», au sens commercial du

terme, et dans la mesure où cette activité provoque une distorsion grave des conditions de la concurrence.

2.7. Les roits de douane

Le Mont Athos, en particulier, jouit d'un régime douanier spécifique (article 2, paragraphe a, du décret législatif de 1926, articles 167 et 168, paragraphe 1, de la Charte statutaire du Mont Athos, Déclaration commune n° 4, 1979) en étant exempté des dispositions communément en vigueur. En outre, les différentes denrées importées par les communautés israélites en vue de la célébration de leur culte sont exonérées de toute taxe à l'importation (article 23 de la loi n° 2456/1920).

2.8. Les impôts spéciaux à la consommation

Le Mont Athos n'a pas à payer ces impôts quand il importe dans sa région des marchandises destinées à une large consommation, essentiellement des produits pétroliers et alcoolisés. Le Mont Athos est exonéré des impôts spéciaux à la consommation et de la taxe de classement pour l'achat de voitures (mais non des taxes de circulation), s'il y a eu approbation préalable de la Sainte Communauté.

2.9. Les droits de timbre

Des exonérations de portée limitée sont fixées pour les droits de timbre (décret présidentiel du 28 juillet 1931 portant Code de lois sur les droits de timbre), par exemple sur les contrats de donations entre vifs ou pour cause de mort au profit des fondations religieuses, philanthropiques, d'utilité publique, etc., ou en cas de contrats dressés dans la région du Mont Athos par les autorités monastiques compétentes ou par la Sainte Communauté et relatifs à la cession de droits sur des biens immeubles situés au Mont Athos.

2.10. La fiscalité en faveur des collectivités territoriales

Parmi la vaste gamme d'impôts ou de taxes municipales spécifiques (sur le patrimoine immobilier, la propriété et l'éclairage, les espaces communs, les publicités, etc.), les religions ne sont totalement exemptées que dans le cas de la taxe sur le patrimoine immobilier et les exonérations ont une portée très limitée pour ce qui est autres impôts municipaux (et cela ne concerne que les églises).

2.11. Les impôts en faveur de tiers

Des « impôts en faveur de tiers », c'est-à-dire des contributions imposées à des personnes tierces en faveur des personnes morales religieuses, sont également prévus depuis longtemps en faveur de certaines personnes morales de droit public religieuses.

**

Il ressort de l'exposé qui précède, premièrement, que la fiscalité des religions présente des particularités par rapport à celle d'autres formations. D'autre part, des discriminations apparaissent même entre les religions, parce que certaines religions se sont vu reconnaître la personnalité juridique de droit public, d'autres non. Ainsi l'attribution de la personnalité juridique de droit public à l'ensemble des subdivisions organisationnelles de l'Église orthodoxe (de Grèce, de Crète et du Dodécanèse) ainsi qu'aux communautés israélites a-t-elle pour effet d'étendre l'exonération des personnes morales de droit public à toutes les personnes de caractère religieux susmentionnées. En revanche, sont privées de ces avantages les personnes morales des minorités religieuses (musulmans, catholiques, protestants, arméniens, etc.), qui ne sont exonérées qu'à travers les différentes associations ou fondations qu'ils constituent. C'est la raison pour laquelle l'intégration de ces religions aux exonérations qui existent pour les personnes morales de droit public religieuses est proposée, mais en faisant une distinction claire, tant pour elles que pour les personnes morales de droit public déjà exonérées, entre leurs activités à but lucratif et celles à but non lucratif. Au demeurant, on voit d'un bon œil la suppression d'exonérations fiscales en faveur de l'Église orthodoxe et d'autres personnes morales de droit public religieuses (par exemple sur les revenus tirés de la location de biens immeubles, des héritages), car cette discrimination ne se justifiait pas. Les initiatives législatives de ce genre doivent se poursuivre, surtout dans la conjoncture économique actuelle, car elles soulageront les contribuables ayant une faible capacité fiscale, qui sinon seraient les seuls à supporter le poids des charges fiscales qui sont imposées les unes après les autres ces trois dernières années. Enfin, la prise en charge par l'Église orthodoxe du coût salarial de ses prêtres apportera une rupture appréciée.

Une solution plus radicale, plus appropriée et souhaitable, mais plus difficile à mettre en œuvre car nécessitant une révision constitutionnelle, consisterait à procéder enfin à une séparation complète de l'Église et de l'État et à adopter des solutions identiques pour le financement des cultes et leur régime fiscal, en introduisant un type nouveau de personne morale, que l'on pourrait

nommer « personne morale ecclésiastique ». Toutefois, le pays ne semble pas prêt à entreprendre une telle démarche.

Bibliographie indicative (en grec)

- C. PAPAGEORGIOU, 2005, « Le régime fiscal des religions – Égalité fiscale et liberté religieuses », *Droit et Institutions*, n° 6, Athènes – Thessalonique, éd. Sakkoulas : notamment 92-102 et 335-343, d'où proviennent nombre d'informations figurant dans le présent article.
- I. KONIDARIS, 2011 (2^e ed.), *Manuel de droit ecclésiastique*, Athènes – Thessalonique, éd. Sakkoulas.
- S. TROYANNOS et G. POULIS, 2003 (2^e ed.), *Droit ecclésiastique*, Athènes – Komotini, éd. Ant. N. Sakkoulas.

Considérations fiscales et financières à propos du subventionnement public des confessions religieuses en Italie

.....
C. Sachetto, Professeur à l'université de Turin
A. Dagnino, Professeur contractuel de Droit financier
à l'université de Palerme
*F. Santagata, Chercheuse à l'université de Naples **

* La 1^{re} partie et les conclusions ont été rédigées par C. Sachetto, les 2^e et 3^e parties par A. Dagnino, les 4^e, 5^e et 6^e parties par F. Santagata.

* Cet article a été traduit par F. Bin qui reste seul responsable des erreurs et maladresses de formulation. Certains termes italiens n'ont pas été traduits. C'est le cas de l'« otto per mille ». « Huit pour mille » n'évoque rien en langue française alors qu'en italien, c'est le taux de la part de l'impôt sur le revenu dédié au financement des cultes. Il a semblé plus pertinent de le conserver tel quel. Il est fait parfois mention entre crochets du terme italien utilisé, voire souligné dans le texte original.

Introduction : le concept de « confession religieuse »

Tout au long de l'histoire, les relations des États à l'égard des cultes religieux se sont manifestées de façons très diversifiées et parfois même contradictoires.

Les religions ont dans certains cas été interdites, voire réprimées par les autorités politiques, dans d'autres elles ont bénéficié de mesures gouvernementales de faveur, jusqu'à parfois même, mais plus rarement, être instituées comme « religion d'État » ou, à l'extrême, donner lieu à ce qu'il est d'usage de nommer théocratie¹.

.....
1. La théocratie est un « système dans lequel le pouvoir politique est exercé au nom de l'autorité divine, par des hommes qui prétendent être ses représentants sur la terre, si ce n'est pas son incarnation ». Un exemple en est fourni dans le passé par le gouvernement chinois où l'empereur était également la figure religieuse suprême c'est-à-dire l'incarnation de la divinité elle-même. En ce sens, cf. N.

Au-delà de l'attitude manifestée historiquement dans la pratique par les différents États, c'est un fait incontestable que la religion est un aspect particulièrement important de toute société et de la communauté humaine, que les systèmes juridiques peuvent difficilement ignorer². La notion de « religion », comme celle de culte, est particulièrement difficile à définir³ et peut être considérée par l'État ou bien dans sa dimension objective, c'est-à-dire comme une doctrine de la foi, ou bien sous un angle subjectif, c'est-à-dire comme un sujet de droit.

Dans l'analyse de la dimension financière des relations entre confessions religieuses et État, ce qui constitue l'objet de la présente étude, la conception subjective sur la religion prédomine.

Dans ce contexte, c'est le problème des relations économiques entre l'État – entendu comme une personne – et les organisations regroupant ceux qui promeuvent les différentes religions qui est, en fait, pris en compte.

La connaissance du caractère subjectif du phénomène religieux nécessite de s'attarder brièvement sur le concept et la notion de « religion ».

Sur un plan terminologique, le terme de « confession religieuse » désigne les formations sociales organisées qui se caractérisent par une finalité religieuse⁴.

Le concept de confession, issu des domaines de la philosophie et de la religion⁵, a trouvé une traduction en droit positif dans l'ordre constitutionnel italien avec les articles 8⁶ et 117 de la Constitution.

.....
Bobbio, N. Matteucci et G. Pasquino, 2004, *Il dizionario di politica*, Turin, UTET Libreria: 974. Encore aujourd'hui dans certains États, il existe d'importants éléments caractéristiques des théocraties: c'est le cas de l'Arabie saoudite, avec son l'interprétation wahhabite de la loi islamique; de la République islamique d'Iran, où un conseil religieux approuve les candidatures à la présidence et où le pouvoir législatif, bien qu'attribué au Parlement, est fondé sur la charia. Même la Cité du Vatican est considérée comme l'une des théocraties contemporaines. Le Royaume-Uni et la Norvège présentent également des aspects théocratiques formels ou mineurs, parce que leurs souverains ont le titre de gouverneur suprême de l'Église nationale, même si l'autorité qui est attachée à ce titre est purement honorifique.

2. Même dans les États qui ont adopté les théories laïques et toujours exprimé des positions claires concernant la relation appropriée entre l'État et la religion. Sur le sujet, plus largement, voir article « Laïcité », in N. Bobbio, N. Matteucci et G. Pasquino, *op. cit.*: 496 et s.

3. « Définir la religion est une tâche autant intimidante qu'inévitable », selon G. Filoramo, article « Religion », in *Dizionario delle religioni*, Turin, 1993, p. 620. Sur les différentes conceptions de la religion, voir l'article N. Abbagnano, 1998, *Dizionario di filosofia*, Turin, Utet.: 920 et s.

4. Cf. B. Randazzo, 2006, Commentaire de l'article 8, in *Varii auctores, Commentario alla costituzione*, Milan: 198.

5. Selon L. Barbieri, 1991, *Sul concetto di Confessione religiosa* [Sur le concept de confession religieuse], Naples-Rome-Bénévent: 20 et s., l'utilisation du terme « confession » remonte à l'époque de la Réforme protestante, qui, en permettant la libre interprétation de la Bible, a favorisé la formation d'un grand nombre de documents doctrinaux appelés précisément « confessions de la foi »; le terme aurait été utilisé pour la première fois dans la confession d'Augsbourg de 1530.

6. Sur les raisons qui ont amené l'Assemblée constituante à utiliser le terme de « confessions religieuses », voir R. Botta, 1994, « Confessioni religiose: I) Profili generali », in *Enc. Giur.* [Encyclopédie

Bien que le terme revête une valeur juridique constitutionnelle, il n'existe aucune disposition qui en définisse expressément le sens⁷, si bien que la question de sa définition exacte a longtemps été un problème classique du droit italien des cultes.

Même si elle relève d'un domaine juridique non strictement financier, cette question demeure centrale et prioritaire pour la suite de notre raisonnement, si bien qu'il est indispensable de lui consacrer quelques brefs développements.

Tout d'abord, on peut souligner comme une évidence que toutes les organisations qui se réclament de la poursuite de fins « religieuses » ne peuvent aspirer à bénéficier du traitement juridique particulier des cultes que peuvent instaurer les États, ceci afin d'éviter les agissements opportunistes de groupes cherchant à bénéficier abusivement d'avantages fiscaux, comme cela est rapporté par la presse⁸.

Pour cette raison, le point de vue de ceux qui prétendaient que devait prévaloir l'auto-classification d'un groupe comme « confession religieuse » est resté minoritaire.

D'un autre côté, l'argument fondé sur la thèse opposée, selon laquelle le statut de confession religieuse devrait être réservé aux seuls groupes dotés d'une organisation claire et structurée, correspondant au modèle « classique », c'est-à-dire celui des religions traditionnelles⁹, n'a pas suscité de consensus car une telle perspective ne permet pas de tenir compte des différentes façons dont un groupe religieux peut librement décider de s'organiser.

Le point de vue partagé de la Cour constitutionnelle italienne se situe dans une position intermédiaire, parce qu'après avoir expressément rejeté

juridique], vol. VII, Rome : 1, qui met en évidence le fait que la phrase en question avait pour but de mettre l'accent sur l'aspect subjectif du groupe religieux organisé, tandis que les termes alternatifs « Églises » ou « sectes », insistaient sur la dimension objective du rite ou de la doctrine et étaient d'ailleurs plus difficilement adaptés aux caractéristiques de la religion juive.

7. Cf. sur ces questions, F. Finocchiaro, 1997, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli : 68.

8. Le cas des habitants de Harrisburg, par exemple, est célèbre. Afin d'éviter le paiement des impôts, ils ont décidé de profiter de la difficulté de définir le concept de confession religieuse, en s'affiliant à un culte californien afin d'en être ordonnés ministres et de profiter des allègements fiscaux établis pour cette catégorie de personnes.

Cette histoire insolite, rapportée par S. Ferrari, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)* [Le concept juridique de confession religieuse (comment survivre à sa méconnaissance)], in V. Parlato e G. B. Varnier (dir.), 1995, *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Turin : 19 et s., est tiré R. L. Beebe, "Tax Problems Posed by Pseudo-Religious Movements", in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphie, nov. 1979 : 101 et s.

9. Sur l'ensemble de ces questions, voir P. Gismondi, 1975, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Stato e Confessioni religiose*, Milan, Giuffrè : 98 ; P. A. D'Avack, 1978 (2e ed.), *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Parte gen., Milan, Giuffrè : 335.

«les conséquences déraisonnables de l'incontrôlable théorie de l'auto-qualification»¹⁰, elle a déclaré que la classification d'une communauté comme confession religieuse doit être fondée sur la prise en compte d'un ensemble d'éléments¹¹, et en particulier de la présence éventuelle d'un accord conclu avec l'État conformément à l'article 8, troisième alinéa, de la Constitution; l'existence d'une reconnaissance publique antérieure, telle que l'attribution de la personnalité juridique à son organe représentatif; l'existence d'une loi reconnaissant clairement les caractéristiques d'une confession religieuses selon le sens commun».

Il convient de noter à cet égard que si d'une part, la conclusion d'un accord avec l'État peut, par elle-même, permettre d'affirmer que l'organisation contractante a la nature d'une confession religieuse, d'autre part, l'absence d'un tel accord ne peut pas permettre d'exclure une telle nature, une fois admise l'existence de confessions religieuses qui n'ont pas l'intention de conclure un accord avec l'État italien ou sont incapables de le faire, étant structurées comme une simple communauté des fidèles, sans organes représentatifs ni statuts écrits¹².

Plus encore, l'originalité ou «l'atypicité» de la doctrine choisie et des rites pratiqués ne peut pas empêcher à elle seule une organisation de se voir accorder la qualification de confession religieuse. Conformément à cette idée, la Cour suprême a affirmé que c'est précisément l'absence d'une définition explicite du terme «confession» qui signifie la volonté du constituant de ne pas faire obstacle à l'exercice de la liberté religieuse et, quelles «étranges [...] que soient les croyances religieuses et leurs influences culturelles» et quelle que soient les différentes formes légales et d'organisation choisies, que tous soient «protégés par la Constitution

10. Voir Cour constitutionnelle, décision n° 467 de 1992. Dans ce cas, il s'agissait du contrôle de constitutionnalité de l'article 4 du décret présidentiel du 26 octobre 1972, n° 633 (introduction et mise en œuvre de la TVA) et de l'article 20 du décret présidentiel du 29 septembre 1973, n° 598 (introduction et mise en œuvre de l'impôt sur les sociétés), avec référence aux articles 3, 8 et 53 de la Constitution.

Sur le fondement des deux dispositions en question, le Dianetics Institute (la scientologie – NDT), association non reconnue, considérait ne pas réaliser de livraison de biens ou de prestation de services dans le cadre d'une activité commerciale avec ses membres et, pour le paiement de certaines taxes, estimait pouvoir bénéficier, en vertu de sa nature supposée de confession religieuse, de l'exemption prévue pour les opérations «réalisées conformément à leurs objectifs institutionnels par les organisations politiques, syndicales et professionnelles, religieuses, caritatives, culturelles et sportives». Le moyen a été déclaré non fondé par la Cour.

11. Voir, par exemple, les décisions n° 467 de 1992, n° 195 de 1993 et n° 346 de 2002.

12. Voir en ce sens, la décision de la Cour constitutionnelle n°195 de 1993.

même des Confessions qui n'ont pas l'intention de s'organiser sur la base d'une loi»¹³.

En d'autres occasions, la Cour suprême a également jugé que la religion ne peut seulement être conçue comme un « ensemble de doctrines centrées sur l'existence d'un être suprême transcendant et le concept du salut de l'âme », car une telle conception « exclurait les religions polythéistes, le chamanisme ou l'animisme et celles qui, comme le taoïsme ou le bouddhisme sous leurs diverses formes, ne promettent pas la vie éternelle aux croyants ».

Même l'existence d'une activité commerciale ne peut légitimement constituer une preuve susceptible, par elle-même, d'exclure le caractère confessionnel d'une organisation, à condition que le produit de cette activité soit destiné à financer l'institution religieuse du groupe et non pas, au lieu de cela, à profiter directement à ses membres¹⁴.

Toutefois, les éléments visés dans la résolution du Parlement européen du 22 mai 1984, suivie par d'autres résolutions de celui-ci et par des recommandations de l'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe, militent contre la qualification de « confession religieuse ». Selon ces indications, les groupes religieux ne doivent pas, entre autres, demander aux mineurs de respecter un engagement à long terme déterminant pour leur avenir ; leurs fidèles doivent avoir suffisamment de temps pour réfléchir avant de consentir des engagements financiers ou personnels ; ils doivent garantir et protéger la liberté pour leurs membres de rester en contact et de correspondre avec leurs familles et la faculté, pour les fidèles, de demander un avis juridique à l'extérieur de l'association ; ils doivent enfin assurer aux membres la liberté de quitter volontairement la communauté et respecter les lois de l'État dans lequel ils agissent.

Enfin, il convient de rappeler que, selon les meilleurs auteurs¹⁵, la notion de religion serait caractérisée par la détention autonome d'un « corpus doctrinal et dogmatique propre », différent de celui des autres confessions¹⁶, et soutenu

13. Voir Cass., sec. pen., n° 1329 de 1997, à propos d'un procès pénal décisif contre les dirigeants d'un groupe local de l'Église de Scientologie. Sur ce sujet précis, voir G. D'Angelo, 2003, « Nuovi movimenti religiosi tra (pretesa) uniformità di qualificazione e (reale) diversificazione dei relativi profili disciplinari: la Chiesa di Scientology nella più significativa giurisprudenza », in *Dir. Eccl.*, II, Bologna, Zanichelli: 710 s.

14. Voir Cass., sec. fisc., n° 12871 de 2001. Sur ce sujet, voir G. D'Angelo, 2002, « A proposito della natura giuridica della Chiesa di Scientology: una significativa presa di posizione della sezione tributaria della Corte di Cassazione », in *Quad. dir. e pol. eccl.*, III: 731 et s.

15. Voir, C. Cardia, 1996, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli: 190.

16. Devraient donc être exclues de la catégorie en question les « confessions de fait » et « communautés religieuses dissidentes », qui se caractérisent normalement par une foi différente de celle de l'Église dont elles sont issues.

par une organisation, même minime, dotée de sa consistance propre et capable de maintenir sa propre identité dans le temps¹⁷.

Il est également nécessaire d'exiger, outre les éléments extérieurs précités, une autodéfinition du groupe, et l'on doit ainsi observer un sentiment d'appartenance (*animus*) des membres, ou leur « conscience et leur volonté [...] d'agir en tant que membres de l'organisation formée pour la poursuite d'un but religieux »¹⁸.

En d'autres termes, même si la réglementation étatique ne peut pas, comme nous l'avons déjà souligné, se limiter à une simple « reconnaissance », elle ne peut pas aller jusqu'à critiquer le bien-fondé, le corpus doctrinal, des confessions religieuses. Elle doit plutôt utiliser tous les indices possibles pour identifier précisément la nature de celles-ci¹⁹ et bien motiver chaque prise de position à cet égard²⁰.

La justification et le fondement du financement public des cultes

Le concept préliminaire de confession religieuse ayant été très brièvement précisé, nous pouvons passer aux raisons qui amènent toujours²¹ certains États – et l'État italien ne fait pas exception – à instituer des mécanismes financiers et des avantages fiscaux pour cette catégorie de personne juridique.

17. C. Cardia, 1983, « Pluralismo (diritto ecclesiastico) », in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, Milan : 990.

18. Voir N. Colaanni, 1990, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'articolo 8 della Costituzione*, Bari, Cacucci : 81.

19. Voir en ce sens R. Botta, « Confessioni religiose : I) Profili generali », *op. cit.* : 1.

20. L'exigence de motivation est l'objet de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 5 avril 2007, *Scientologie de Moscou c. Russie*, avec laquelle les juges européens ont critiqué le refus répété des autorités russes d'enregistrer comme association religieuse l'Église de Scientologie de Moscou, dans certains cas, sans donner de raisons et d'autres « en se fondant sur une appréciation discrétionnaire de l'organisation ou une prétendue absence d'exigences non prévues par la loi ».

21. Voir sur l'antiquité du financement public des religions, et pour une critique de ses excès, G. Filangieri, qui note que depuis que l'homme a commencé à construire les premiers temples, « il était nécessaire qu'il y ait des ministres chargés d'en prendre soin, et l'attention constante qu'exigeait leur ministère a forcé la plupart des peuples à charger de ce sacerdoce un groupe distinct. Ce corps étranger à toutes les tâches domestiques devait être nourri aux frais de la société. Les Égyptiens, les Perses, les Juifs, les Grecs et les Romains ont attribué un revenu à la prêtrise. Mais dans aucun religion cette obligation alimentaire en faveur des ministres de l'autel n'a été poussée plus loin que dans la nôtre » (1984, *La scienza della legislazione*, Rome, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato : 180).

Les causes de ce traitement spécial sont fondées sur plusieurs justifications, entre lesquelles il est possible d'identifier d'une part, le besoin de maintenir solidement des traditions historiques ou des raisons d'indemnisation découlant d'un précédent conflit entre les États et les confessions (par exemple après les lois révolutionnaires prises à l'égard de l'Église catholique en Italie²²) et d'autre part, la satisfaction des besoins de la population et le respect des valeurs et principes de la Constitution en la matière.

Alors que les deux premiers éléments ont un caractère, pour ainsi dire, «particulier» (l'histoire et la compensation des lois révolutionnaires concernant plus spécifiquement l'Église catholique italienne et peu les autres confessions²³), les autres ont un caractère «général» et ne se réfèrent à aucune confession religieuse.

Sur le plan historique, le régime contemporain est influencé par les racines anciennes de ce qu'on appelle aujourd'hui le financement public de l'Église catholique²⁴.

On ne peut certes pas passer ici en revue, même brièvement, les événements qui ont marqué les relations entre le pouvoir temporel et le pouvoir religieux en Europe²⁵, mais nous ne pouvons bien comprendre les relations actuelles que si l'on considère que le système actuel est le résultat d'une longue évolution.

Il faut souligner le grand nombre de conflits de nature financière entre l'empire et la papauté au Moyen Âge, qui avaient souvent leur origine dans les tentatives impériales de soumettre à l'impôt les biens de l'Église.

La lutte entre Boniface VIII et Philippe le Bel, qui s'est développée entre 1296 et 1303, en est le cas paradigmatique²⁶.

Mais il y avait aussi en réalité, dans certains cas, des rapports financiers harmonieux, comme en témoigne la création de la Légation apostolique

22. Ainsi les lois n° 3036 du 7 juillet 1866 et n° 3848 du 18 août 1867, qui procédaient à la suppression de tous les corps ecclésiastiques que l'État ne croyait pas nécessaires aux besoins religieux de la population et à la répartition de leur patrimoine foncier.

23. Par exemple, la Table vaudoise, moins bien connue, mais présente en Italie depuis près d'un millénaire, ainsi que les Églises juive et orthodoxe, les deux de tradition antique.

24. En ce sens, F. Finocchiaro, *op. cit.* : 329.

25. Pour une discussion sur les différentes formes de financement public des cultes, de l'unification de l'Italie au Concordat de 1986, voir G. Vegas, 1990, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, Padoue, Cedam : 341 et s.

26. L'origine du déclenchement de la lutte fut la tentative du roi de France de taxer le clergé pour soutenir la guerre contre l'Angleterre. Le pape s'y est opposé par la bulle *Clericis Laicos* de 1296, qui lui interdisait d'imposer des taxes sur les biens de l'Église sans l'autorisation du Saint-Siège. À ce moment-là, le roi a interdit l'exportation de l'argent à l'étranger, portant ainsi atteinte à l'une des principales recettes financières du Pape, constituée par l'aumône.

de Sicile en 1098²⁷, bien que même ces contextes plus favorables n'aient été exempts d'épisodes conflictuels, comme en témoigne, à propos de ce même exemple, la controverse de Lipari²⁸.

Il est vrai cependant que, tout au long du Moyen Âge et pendant une grande partie de l'époque moderne, l'Église catholique a reçu d'importantes ressources financières et nombre de biens patrimoniaux publics et privés, et a bénéficié de diverses formes de financement indirect, notamment les importantes exonérations fiscales, qui découlent de la position particulière dont elle jouissait dans le système féodal.

À partir du xix^e siècle, avec la fin de l'Ancien Régime, l'affirmation de la culture libérale et la sécularisation de la société, a émergé une tendance généralisée à la confiscation des biens de l'Église par l'État et à la fin des immunités et des exemptions du droit commun, même sur le plan fiscal (cf. les « lois révolutionnaires »), mais même au plus fort du conflit, l'État italien a distribué des fonds en faveur de l'Église²⁹.

Après la transition entre le Moyen Âge et l'époque moderne, un nouvel équilibre entre l'Église et l'État ayant été trouvé³⁰, aux raisons historiques de

27. La légation apostolique de Sicile, mise en place en faveur de Roger de Hauteville, a été la première affaire dans laquelle le pape a accordé à un État souverain laïque de nombreux privilèges administratifs, y compris la capacité de gérer l'administration des évêques, les actifs financiers du diocèse et la création de provinces métropolitaines. Cette institution était héréditaire et a été maintenue jusqu'au début du xix^e siècle.

28. Le terme de « controverse de Lipari » se réfère au conflit entre le Royaume de Sicile et le Saint-Siège, en 1711 à la suite d'un petit conflit local entre l'évêque de Lipari et deux officiers du Fisc dans la même ville.

En particulier, certains collecteurs d'impôts avaient soumis à la taxe les sacs de pois chiches que l'évêque de Lipari voulait vendre au marché.

L'évêque, qui se sentait lésé de ses anciens privilèges, a réagi en imposant l'excommunication. En réponse, il a été fait appel au roi, devant le *Tribunale della Regia Monarchia*, qui a annulé l'excommunication sur le motif que, en Sicile, la compétence du roi s'étendait même sur le terrain ecclésiastique en vertu de la légation apostolique précitée dont il jouissait. Le Pape, à son tour, est intervenu pour nier la validité de l'intervention du roi et celle de la légation même, et donc de tout ce qui a suivi. D'autre part, une école de pensée autoritaire (celle des Monarchistes) a revendiqué pour l'État le droit exclusif de décider sur la question qui était à l'origine un impôt de droit civil. La Controverse de Lipari a fait l'objet de travaux de L. Sciascia, 1969, *Recitazione della controversia liparitana dedicata ad A.D.*, Turin, Einaudi, passim. Voir aussi P. G. Caron, 1950, *L'appello per abuso*, Milan, passim.

29. On sait, entre autres choses, que la loi sur les garanties (L. n° 214 du 13 mars 1871), adoptée unilatéralement par le royaume d'Italie dans un climat défavorable à l'Église catholique et pour cette raison rejetée par cette dernière, prévoyait diverses prérogatives pour Saint-Siège dont, art. 4, un revenu annuel de 3 225 000 liras (environ 13,5 millions d'euros en 2009).

30. En Italie avec la signature des Accords du Latran signés le 11 février 1929.

financement public de la religion se sont ajoutés les besoins de compensation : le financement de l'Église catholique et la reconnaissance d'un régime de faveur ont été adoptés et justifiés également par la reconnaissance en faveur de l'Église de compensations pour les pertes financières subies à la suite de la confiscation de ses biens survenus pendant la période du *Risorgimento* [NDT : l'Unité italienne]³¹.

Avec la laïcisation de l'État, consolidée au cours du xx^e siècle, a émergé une justification nouvelle et différente de l'intervention financière de l'État au profit des confessions, qui peut être appliquée non seulement en faveur de l'Église catholique, mais aussi des autres et nombreuses communautés religieuses.

Ces raisons historiques et de compensation des dommages qui viennent d'être mentionnées ont en fait d'une part, diminué d'importance au fil des ans et, d'autre part, déterminé une nette différence de traitement entre la confession catholique et les autres confessions, situation qui peut difficilement se concilier avec les modèles constitutionnels maintenant largement établis dans les pays occidentaux, qui sont fondées sur le principe d'une plus grande liberté religieuse et de la neutralité de l'État dans l'ordre moral et religieux (i.e. la laïcité de l'État).

Dans la période actuelle, depuis les années qui ont suivi la grande dépression de 1929, et aussi dans le sillage des théories keynésiennes économiques, le modèle de l'État simple « gardien » des libertés publiques et, à ce titre, exprimé par une loi essentiellement formée par des préceptes négatifs (avec des obligations de « ne pas faire »), a été progressivement remplacé par le modèle de l'État social (i.e. l'État-providence) trouvant son expression dans la poursuite active des politiques publiques les plus diverses visant au développement économique et social des citoyens (i.e. *affirmative actions*)³².

Dans ce contexte politique, juridique et philosophique, parmi les nombreux rôles attribués à l'État, se trouvent non seulement l'obligation de ne pas entraver l'expression des croyances et la pratique religieuse mais, plus encore, la promotion comme valeur du sentiment religieux.

De la sorte, si la religion est assumée par l'État comme un « bien public », pour employer le langage plus fortement économique établi au xx^e siècle et toujours en usage aujourd'hui, alors, même dans les limites du principe de

31. Voir F. Finocchiaro, *op. cit.* : 311.

32. Sur l'*affirmative action*, voir M. Ainis, 1999, « Cinque regole per le azioni positive », in *Quaderni costituzionali*, 2 : 359 et s.

laïcité, il est théoriquement possible de justifier une intervention financière de l'État voulant promouvoir la « production » de ce « bien »³³.

Le débat politique et philosophique a donc porté principalement sur l'opportunité pour l'État de s'engager concrètement dans le financement de confessions et de traiter de ces questions, sous réserve des principes de laïcité. Si du point de vue des partisans de la tradition libérale, les interventions du débat public devraient être limitées à quelques secteurs, avec une tendance à en exclure la religion, les écrivains de la mouvance sociale-démocrate considèrent que l'État doit avoir un champ d'intervention plus vaste dans la société et, par conséquent, n'est pas nécessairement exclu du champ religieux³⁴.

Si l'on considère la religion comme un « bien public », le financement des confessions peut aussi être fondé sur ce qu'on appelle le principe de subsidiarité horizontale qui, en Italie, a été spécifiquement consacré en 2001, avec la réforme du cinquième titre de la 11^e partie de la Constitution³⁵ et, en particulier, avec le nouvel article 118 qui dispose que « l'État, les Régions, les Villes métropolitaines, les Provinces et les Communes encouragent l'initiative

33. Voir B. Randazzo, *op. cit.* : 197, selon lequel est en vigueur en Italie « une conception positive ou ouverte (en français dans le texte) de la laïcité qui, loin d'ignorer le facteur religieux, permet les deux formes d'accord ou de collaboration institutionnelle entre l'État et un certain nombre d'églises, sous la forme de financement de l'État en faveur des confession religieuses ».

34. Le financement étatique des confessions religieuses a tendance à être plus limité, sinon inexistant, dans les pays où la pensée néolibérale a trouvé le plus de succès.

Le Royaume-Uni, par exemple, compté parmi les États confessionnels, en tenant compte du fait que la reine est le gouverneur suprême de l'Église anglicane, « ne finance aucune église mais il garantit l'exemption d'impôt sur la propriété ». Dans ce pays « l'Église catholique est organisée selon le droit commun » (voir D. Bivona, « Scheda-paese sul Vaticano », in *Fisco Oggi – rivista telematica*, disponible sur www.fiscooggi.it).

L'approche adoptée aux États-Unis est parfaitement laïque (voir V. Valentini, 2010, *Gli Stati Uniti e la religione: separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Milano : 87, qui note que dans ce pays, les confessions « sont structurées comme des sociétés, et si elles peuvent également effectuer des services publics, visant non seulement les fidèles, mais toute la communauté, elles restent des associations privées et en tant que telle ne bénéficient d'aucune forme de financement direct de l'État pour le simple fait d'exister »).

Si cette affirmation en ce qui concerne les pays de la matrice libérale est vraie, le contraire ne l'est pas nécessairement, ou du moins pas toujours. En effet, les pays dans lesquels l'approche sociale-démocrate tend à prévaloir choisissent d'intervenir en faveur des confessions religieuses. Mais, dans le cas de la France, « connue pour une séparation nette de l'Église et de l'État (basée sur la loi du 9 décembre 1905) », « il n'y a aucun financement des églises de quelque nature que ce soit » (D. Bivona, *op. cit.*).

35. Sur le principe de subsidiarité, la littérature est vaste. Voir, pour la traduction en droit fiscal et en finances publiques de ce principe, L. Antonini, 2005, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, *passim*.

autonome des citoyens, agissant individuellement ou en tant que membres d'une association, pour l'exercice de toute activité d'intérêt général, sur la base du principe de subsidiarité».

L'application de ce principe, d'après la jurisprudence, implique que l'État ne doit mettre en œuvre ses fonctions sociales que dans les hypothèses de carence de l'initiative privée³⁶.

Selon ce concept, où la religion d'État reconnaît la religion à travers ses activités d'intérêt social, dans un secteur qui, en vertu du principe de la laïcité, n'est pas adapté à une action directe de l'administration publique, il serait possible de justifier une intervention publique visant à soutenir les confessions par un régime de faveur de nature financière ou fiscale³⁷.

Il convient également de noter que, même en dehors de la qualification de la religion comme un phénomène social en soi digne de soutien public, les valeurs poursuivies par les confessions, quel que soit leur sens strictement religieux, sont dans de nombreux cas les mêmes que celles que l'État a l'intention de promouvoir, et cela est vrai, par exemple, en se référant à la solidarité, la justice sociale et la promotion de la personne humaine³⁸, qui semblent susceptibles d'être poursuivies tant par action de l'État que par celle des organismes religieux et, plus généralement, des organismes sans but lucratif.

Dans ce contexte, le principe de subsidiarité pourrait bien impliquer que l'État favorise par sa contribution financière la réalisation de ces objectifs par les confessions, ainsi que par d'autres organismes privés à des fins sociales et, à cet égard, les avantages publics seraient justifiés de façon semblable à ceux offerts aux ONLUS (*organismi non lucrativi di utilità sociale*: organismes sans but lucratif d'utilité sociale) et aux autres formes d'association appartenant à ce qu'on appelle le « Tiers secteur »³⁹.

Afin d'examiner les raisons théoriques qui justifient l'intervention étatique en faveur des confessions religieuses, il est nécessaire de mentionner le cadre

36. Pour la détermination de l'étendue de ce principe, voir, entre autres, le Conseil d'État, Sec. V, décision du 6 octobre 2009, n° 6094. La décision est publiée in *Foro amm.*, 2009, 12: 2909 et s., avec la note de F. Giglioni, « Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione ».

37. Sur l'importance du principe de subsidiarité horizontale pour les organismes religieux, voir M. C. Folliero, 2010, *Enti religiosi e non profit tra welfare state e welfare community*, Torino, Ed. Giappichelli, *passim*, mais en particulier, la IIIe partie.

38. À cet égard, voir le document de la Conférence épiscopale italienne, « répondre aux besoins de l'Église », publié en 1988, lors de la révision du Concordat du Latran.

39. Par exemple, les A.P.S. (Associations de promotion sociale), prévues par la loi n° 383 du 7 décembre 2000.

constitutionnel de ces organisations en Italie, afin de mettre en évidence le traitement juridique qui leur est destiné.

La Constitution italienne, bien qu'elle soit basée sur le principe de la laïcité, ne met pas sur le même plan toutes les religions, mais attache une importance particulière à l'Église catholique.⁴⁰

Cela est clairement énoncé à l'article 7 de la Constitution, qui régit les relations entre l'État et l'Église catholique, selon lequel «l'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains. Leurs rapports sont réglementés par les Accords du Latran. Les modifications des Accords, acceptées par les deux parties, n'exigent pas de procédure de révision constitutionnelle».

La relation entre l'État et les autres religions est, en revanche, régie par l'article 8, alinéas 2 et 3, de la Loi fondamentale, selon lesquels «les confessions religieuses autres que la confession catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, pour autant qu'elles ne s'opposent pas à l'ordre juridique italien. Leurs rapports avec l'État sont fixés par la loi sur la base d'accords avec leurs représentants respectifs». [NDT: cette traduction tenant compte de la formulation française traditionnelle ne retranscrit pas toute la complexité des termes qui sont littéralement les «Pactes du Latran» (*Patti Lateranensi*) et les «ententes»].

Il apparaît immédiatement à la lecture de ces dispositions que, bien qu'il y ait comme une évidence originelle, la reconnaissance constitutionnelle explicite de l'Église catholique⁴¹, les autres religions ne bénéficient pas d'une disposition similaire (qui peut cependant être contenue dans les accords individuels), mais elle n'est que la reconnaissance du droit à l'auto-organisation, sous la réserve juridique que les règles que ces personnes décident d'adopter, ne s'opposent pas à la loi italienne⁴².

40. Sur la base constitutionnelle du principe de laïcité, voir Cour constitutionnelle décision n° 203 du 12 avril 1989, *Dir Eccl.*, 1989, II: 293 et s., selon laquelle la laïcité constitue «un élément de la forme de gouvernement décrite dans la Constitution de la République». Voir aussi Cour constitutionnelle décision n° 13 du 14 janvier 1991, *Dir Eccl.*, 1991, II: 283 et s.

Notez cependant que, selon la doctrine faisant autorité, «la laïcité n'a rien à voir avec les systèmes [comme l'italien] de type concordataire de protection et donc le système actuel – en dépit de la décision de la Cour constitutionnelle – ne peut pas être considéré comme totalement laïc» et «le principe de laïcité n'est donc qu'une tendance de l'État». Voir M. Tedeschi, 2007, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Ed. Giappichelli: 106 et s. D'autres auteurs parlent de «pluralisme» de la Constitution républicaine (voir F. Finocchiaro, *op. cit.*: 102).

41. Voir E. Orlando, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, Discussioni, seduta del 10 marzo 1947: 1941.

42. R. Botta, 2008, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino: 90.

Cette différenciation semble gravée et garantie par l'article 8, alinéa 1 de la Constitution, selon lequel « toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi ». Cette disposition, de façon évidente, n'est pas destinée à garantir l'« égalité » entre les confessions, mais leur « égale liberté ». Les confessions ne doivent donc pas nécessairement être l'objet d'un cadre juridique identique, mais sont « également libres » dans le sens que « leurs adeptes sont libres de professer et de mener des activités liées à leurs croyances »⁴³.

Nonobstant la formulation des dispositions précitées légitimant une différence de traitement entre les confessions, nous partageons l'avis de la doctrine et de la jurisprudence selon lesquelles la volonté du législateur ne peut pour autant pas s'exprimer *ad libitum*.

Si, en fait, « les prestations reçues ou les dispositions de faveur accordées à une confession religieuse n'étaient pas liées aux différents besoins ou à l'organisation de cette confession, mais simplement à l'appréciation discrétionnaire du législateur ou au pouvoir de négociation de ce groupe religieux, de telles dispositions seraient certainement contraires au principe d'égalité »⁴⁴. Une décision qui semble lourde de conséquences dans le contexte italien.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle va dans le même sens. À propos de la question du financement des confessions religieuses, la Cour a noté que, compte tenu de la nature facultative des accords visés à l'article 8, alinéa 3 de la Constitution, la signature d'un accord ne peut être retenue par le législateur comme un facteur discriminant de l'allocation de fonds publics à une confession religieuse, sous peine de violation de l'article 8, alinéa 1^{er} de la Constitution⁴⁵. À l'issue de cette rapide analyse, il semble possible d'affirmer ce qui suit.

Le financement des cultes peut être justifié par des raisons historiques ou pour compenser des dommages, ainsi que par la nécessité de soutenir la production du bien public « religion » et, enfin, par la mise en œuvre des droits fondamentaux, y compris par application du principe de subsidiarité.

Bien que l'existence de raisons historiques et de compensations ait un caractère spécial et doive être examinée au regard de chaque confession prise séparément, les autres justifications ont un caractère, pour ainsi dire, « général » et, par conséquent, toutes les dispositions publiques fondées sur

43. En ce sens, cf. Del Giudice, 1964, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano : 58. La jurisprudence constitutionnelle a confirmé la validité de cette approche. Voir Cour constitutionnelle, n° 125 de 1957, in *Giur. cost.*, 1957 : 1209 et s.

44. En ce sens, B. Randazzo, *op. cit.* : 201 et s. Voir aussi V. Onida, 1978, « Profili costituzionali delle intese », in *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Mirabelli : 38 et s.

45. Voir Cour constitutionnelle, n° 195 de 1993. Voir aussi la décision n° 346 de 2002.

ces justifications doivent être appliquées sans discrimination entre les différentes confessions.

Les règles constitutionnelles qui mettent la foi catholique dans une position plus avantageuse que les autres confessions peuvent être considérées comme fondées sur le fait que, pour cette confession, le constituant a apprécié *ex ante* les raisons historiques, sociales et les dommages qui sont associés à ce traitement particulier.

Un traitement juridique particulier analogue peut, cependant, être reconnu aux autres confessions à travers la signature d'accords de coopération, mais les dispositions spécifiques de la convention individuelle ne sont pas susceptibles de déterminer des avantages supplémentaires en faveur de la confession et doit de même être considérée comme inconstitutionnelle une loi ordinaire qui prendrait comme condition préalable à l'octroi de faveurs la signature éventuelle d'un accord avec l'État.

Les méthodes de financement public des cultes

Une fois clarifiées les raisons du financement public, en Italie, des confessions religieuses, il convient d'étudier les voies et moyens par lesquels une telle intervention a lieu.

Il s'agit donc d'examiner les formes théoriques des régimes de financement religieux⁴⁶ en s'appuyant, dans les paragraphes qui suivent, sur l'analyse des institutions de financement actuelles et des problèmes qu'elles posent.

De façon générale, il est possible d'opérer des distinctions entre les méthodes de soutien financier du point de vue de l'expression de la volonté des citoyens, en participative et non-participative, ou du point de vue structurel, en directe et indirecte.

Dans le cas du financement non-participatif, la mise en œuvre des transferts monétaires en faveur de l'organisme confessionnel dépend exclusivement d'un choix unilatéral de l'État; entrent par exemple dans cette catégorie les interventions d'entretien du patrimoine religieux d'intérêt culturel⁴⁷, celles

46. La discussion sera limitée aux formes d'«intervention» de l'État et, par conséquent, seront exclus les revenus tirés par les confessions religieuses d'un pouvoir de taxation directe de ses membres, même s'il est expressément reconnu par l'État, comme ce fut le cas en Italie avec la «Dîme sacramentelle» de l'Église catholique supprimée en 1887, et aussi en Allemagne.

47. Voir D.P.R. n° 78 de 2005.

en faveur des aumôniers des Forces armées, de la police et des prisons⁴⁸, ou encore les exonérations fiscales pour les biens immobiliers du Saint-Siège⁴⁹.

Au contraire, en ce qui concerne le financement participatif, la volonté du financement n'est pas immédiatement ni exclusivement imputable à l'administration publique. Elle est exprimée par les citoyens, par le biais des instruments prévus à cet effet par le législateur, selon une logique *dal basso* [ascendante]. Cette logique s'incarne de façon typique dans les institutions du «otto per mille» et du «cinque per mille», et dans les dispositions relatives à la déductibilité fiscale des dons en argent en faveur de l'Église⁵⁰.

Les formes participatives de financement semblent être plus en accord avec le principe de laïcité de l'État et de «l'égale liberté» que l'article 8, alinéa 1^{er} de la Constitution garantit à toutes les religions.

Avec les systèmes participatifs, en effet, l'État renonce à tout ou partie de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l'identification des confessions dignes de recevoir de l'argent public, ainsi que sur le montant et le mode de contribution, et il suffit de préparer une «infrastructure juridique» [«infrastruttura giuridica»] dont tout citoyen peut librement disposer afin d'obtenir un financement en faveur de la confession à laquelle il adhère.

Ce système est mis en œuvre de façon typique avec le mécanisme de l'«otto per mille»⁵¹, par lequel chaque contribuable peut exprimer son choix, en ce qui concerne les pourcentages de répartition entre les différentes confessions religieuses, de la part de l'impôt sur le revenu versée au financement des cultes. Ce mécanisme permet également d'exprimer une option non confessionnelle en désignant l'État comme bénéficiaire dans la case correspondante de la déclaration de revenus.

Le système de l'«otto per mille» n'a cependant pas une connotation totalement participative. L'État, en effet, dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, car les contribuables ne peuvent exprimer leur préférence qu'en faveur de l'une des confessions avec lesquelles l'État a décidé de conclure un accord, conformément à l'article 8 de la Constitution. L'État a, par conséquent, le pouvoir de désigner les bénéficiaires du financement.

En outre, le mécanisme de la répartition des fonds prévoit que, en cas de non expression de leur choix par les contribuables, leur part est répartie entre

48. Voir, respectivement, la loi n° 512 de 1961, le décret présidentiel n° 421 de 1999 et la loi n° 68 de 1982.

49. Voir, par exemple, l'art. 7, § 1, e) du décret législatif n° 504 de 1992.

50. Cf. art. 46 de la loi n° 222 de 1985.

51. Établie par l'art. 47 de la loi n° 222 du 20 mai 1985.

toutes les entités bénéficiant du système, proportionnellement aux préférences exprimées en faveur de chaque confession⁵².

Une plus forte dimension participative peut être observée avec le système dit du «cinque per mille»⁵³, qui permet au contribuable de consacrer une partie des recettes provenant de l'impôt sur le revenu en faveur d'un grand nombre d'organismes sans but lucratif, à condition que ces entités soient incluses dans une liste tenue par l'administration publique, avec des critères d'accès et des objectifs prédéterminés.

Il convient toutefois de noter que, bien que les listes des personnes juridiques habilitées à bénéficier du «cinque per mille» comprennent aussi des associations et des institutions ayant une finalité religieuse, le système en question ne saurait être compté parmi les modalités de financement des confessions car, comme cela a déjà été mentionné dans la première partie, la simple poursuite d'un objet culturel ne suffit pas à donner à une association la nature de «confession».

Autrement dit, le système du «cinque per mille» concerne aussi bien des associations aux finalités culturelles, auxquelles l'on ne peut attribuer une nature confessionnelle, qu'une foule d'autres organismes sans but lucratif. On peut donc en déduire que ce système n'est pas destiné à promouvoir les confessions, mais à soutenir, en général, le monde associatif.

La déduction fiscale, à concurrence du montant de 1 032,91 euros, des dons en argent en faveur de l'Institut central pour la subsistance du clergé de l'Église catholique italienne [*Istituto centrale per il sostentamento del clero della Chiesa cattolica italiana*]⁵⁴ relève indubitablement des systèmes participatifs de notre enquête.

Ces derniers, contrairement aux autres, mettent l'accent sur le caractère volontaire de la contribution des individus et, par conséquent, ont tendance à être préférés par les confessions religieuses mêmes qui, parfois, ont officiellement établi leur propre échelle de valeur selon laquelle les dons déductibles, distingués par un caractère plus volontaire, ont la priorité sur le système de

52. Ce système, qui favorise en particulier l'Église catholique, a parfois été l'objet de controverses. En 2005, par exemple, les choix régulièrement exprimés étaient égaux à 47,1 % des déclarations, dont 87 % en faveur de l'Église catholique, qui, en plus, comparativement à un taux de préférences sur toute les déclarations, ce qui représente 35,24 %, a reçu le 89,16 % du total des fonds, bénéficiant d'une grande partie des recettes des «abstentions».

53. Présenté pour la première fois sur une base expérimentale, avec les paragraphes 337 et suivants de la loi de finances 2006 (loi n° 266 du 23 déc. 2005) et étendu les années suivantes.

54. Sa mise en œuvre a été établie par l'art. 46 de la loi n° 222 de 1985.

l'« otto per mille », mais sont cependant placés sur un plan inférieur aux dons versés sans avantage public⁵⁵.

Certaines confessions considèrent comme essentiel le caractère volontaire de la contribution, au point de ne pas accepter de financements participatifs qui ne soient pas basés sur une prise de conscience convenable de la part des citoyens. C'est le cas de la confession des Assemblées de Dieu d'Italie [NDT : d'inspiration Pentecôtiste] qui, se plaçant dans une perspective critique par rapport au système de répartition de l'« otto per mille », refuse de recevoir sa part résultant de la technique de répartition des financements publics à partir des choix inexprimés⁵⁶.

Les instruments participatifs de financement sont ceux qui permettent le mieux de mettre en œuvre le principe constitutionnel de subsidiarité, dans son sens plus particulier de « subsidiarité fiscale »⁵⁷. Il en a déjà été question à la deuxième partie, à propos de la justification, sur le plan constitutionnel, de l'intervention publique en faveur des confessions.

Nonobstant le fait que, comme indiqué plus haut, la subsidiarité peut, à elle seule, justifier le versement de sommes d'argent en faveur des personnes qui réalisent des objectifs sociaux coïncidant avec ceux propres à l'État, l'autre caractéristique fondamentale de ces systèmes consistant à s'en remettre à la volonté du peuple pour la détermination de l'existence et du montant – *an et quantum* – de ces versements, un système participatif apparaît non seulement plus laïque, mais aussi plus conforme au principe constitutionnel de subsidiarité, car lorsque cela est possible, il implique le dépassement du monopole public sur la décision de dépenser, en revenant à la « souveraineté » du contribuable⁵⁸.

La seconde distinction entre les formes de financement, selon qu'elles sont directes ou indirectes, est basée sur les techniques utilisées afin de procéder à un même financement : si la règle de droit oblige l'administration publique à transférer des sommes d'argent sur les comptes des confessions religieuses, il est alors question d'un financement direct ; mais si l'autorité publique accorde un avantage financier en faveur des confessions par des moyens autres qu'un transfert d'argent, il s'agit de subventions indirectes.

55. Si les systèmes participatifs sont meilleurs que les non-participatifs, la plus haute valeur éthique se trouve, cependant, dans les dons spontanés, qui sont faits sans aucune forme d'incitation publique. Voir, sur ce point, le document de la CEI, « répondre aux besoins de l'Église », *op. cit.*, § 14 c).

56. Cette part de financement des Assemblées de Dieu d'Italie doit donc revenir au Trésor public.

57. Voir L. Antonini, *op. cit.* : 145 et s.

58. En ce sens, L. Antonini, *op. cit.* : 142.

Parmi les instruments de financement participatifs, l'« otto per mille » et le « cinque per mille » constituent des formes de financement direct, car ils impliquent des transferts financiers du budget de l'État vers les confessions à partir des choix des contribuables, et la déduction fiscale pour les dons en faveur de l'Église catholique a la nature d'un financement indirect, puisqu'il n'y a aucun versement en argent de l'État mais seulement une renonciation à l'impôt.

Parmi les instruments non-participatifs, les financements directs, depuis l'abolition du versement de la portion congrue⁵⁹, sont maintenant limités à certaines providences des régions en matière d'édifices culturels, en vertu du décret-loi n° 112 de 1998, concernant le transfert des fonctions et des compétences administratives de l'État aux régions⁶⁰, alors que différents types de financements indirects sont toujours en vigueur, telles les dispositions pour la préservation du patrimoine culturel et religieux précitées, ainsi que les nombreux avantages fiscaux qualifiés de *tax expenditures*⁶¹, comme l'exonération d'impôt sur les bénéfices pour les revenus immobiliers du Saint-Siège⁶² ou l'exemption d'ICI [NDT: *Imposta Comunale Sugli Immobili*: taxe foncière, remplacée en 2005 par l'*Imposta Municipale Unitaria (IMU)*] des bâtiments et installations connexes destinés exclusivement à l'exercice du culte⁶³.

Les financements directs ont une connotation autoritaire intrinsèque, les bénéficiaires étant généralement obligés de rendre un rapport⁶⁴ et pouvant

59. Ce que l'on appelle « dotation de portion congrue » était une forme importante de financement direct, appliquée en Italie dans la période post-unification, qui a été reconnue comme un complément à l'échelle de salaire des pasteurs. Elle a été accordée sur la base de la reconnaissance du préjudice subi par le Saint-Siège à la suite de la « violation de la Porta Pia » en 1870 et a été abolie seulement avec le Concordat de 1984, qui l'a remplacé par le système de l'« otto per mille ».

60. En ce sens, B. Bivona, *op. cit.*

61. La théorie des *tax expenditures* (dépenses fiscales) est basée sur l'observation que, certaines formes d'allègements fiscaux sont similaires dans leurs effets sur les budgets publics à de véritables aides financières directes. Il a été réalisé aux États-Unis et approuvé ultérieurement par certaines organisations intergouvernementales. Voir, à cet égard, S. S. Surrey, 1973, *Pathways to Tax Reform*, Cambridge, Harvard University Press; P. R. McDaniel et S.S. Surrey, 1985 *International Aspects of Tax Expenditures: A Comparative Study*, Deventer, 1985, passim; Oecd, 1984, *Tax Expenditures. A Review of the Issues and Country Practices*, Paris, OECD, passim; IFA (International Fiscal Association), 1976, *Tax Incentives as an Instruments for Achievement of Governmental Goals*, Deventer, LXI, passim. Pour la classification du concept de dépenses fiscales dans le cadre du phénomène plus large des avantages fiscaux, cf. A. Dagnino, 2008, *Agevolazioni fiscali e potestà normativa*, Milano: 15 et s.

62. Voir l'art. 2 du décret présidentiel n° 601 de 1973.

63. Voir l'art.7, § 1, d) du décret législatif n° 504 de 1992.

64. Par exemple, l'article 44 de la loi n° 222 de 1985 exige que la Conférence épiscopale italienne fournisse un rapport annuel sur l'utilisation des sommes versées. Des dispositions similaires sont contenues dans les accords avec d'autres confessions.

faire l'objet d'un contrôle sur l'utilisation des fonds de la part des autorités publiques.

Parmi les formes de financement indirect, les allègements fiscaux méritent un approfondissement particulier.

Nous avons déjà vu que certains d'entre eux (i.e. les dons déductibles) sont dus à une logique participative, tandis que beaucoup d'autres ne présentent pas cette caractéristique. Il faut maintenant examiner les différents allègements fiscaux, sur le plan constitutionnel et sur celui du régime juridique qui leur est applicable. La Constitution italienne consacre un article particulier à l'interdiction de la pénalisation fiscale des organismes ayant un caractère ecclésiastique ou un but religieux ou culturel⁶⁵, mais rien de spécifique à l'institution de régimes de faveur particuliers⁶⁶.

D'un point de vue finaliste, les mesures d'incitation en faveur des confessions religieuses semblent être liées au phénomène appelé «droit fonctionnel»⁶⁷, car elles sont reconnues comme ayant pour but d'encourager les organismes dont l'activité, répondant au «besoin de religion», est considérée comme nécessaire à la promotion de la personne humaine. Avec eux, en d'autres termes, est introduite une distorsion dans le principe de l'égalité formelle de la fiscalité, ce qui se justifie par la poursuite des objectifs sociaux que l'État reconnaît aux confessions. Et cette distorsion, loin d'être abusive, est fondée sur le principe constitutionnel de l'égalité substantielle de l'article 3, alinéa 2 de la Constitution⁶⁸ et répond à ses limites avec ses paramètres habituels de l'adéquation et de la proportionnalité à l'objectif poursuivi⁶⁹, ainsi qu'avec son caractère limité dans le temps⁷⁰ et graduel⁷¹.

Sur le plan structurel, les allègements en question ont des caractéristiques différentes, selon qu'ils sont conçus selon un critère de réciprocité (i.e. allègements incitatifs), ou non.

65. Voir A. Bettetini, «Commento all'art. 20», in AA.VV, *Commentario alla Costituzione*, op. cit.: 441 et s.

66. En théorie, la possibilité d'introduire des incitations fiscales et des sanctions de façon équilibrée a été soulignée. En ce sens, F. Fichera, 1992, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, Cedam, passim.

67. Le «droit fonctionnel» a fait l'objet d'études approfondies par Bobbio, plus tard, collecté dans le volume N. Bobbio, 1977, *Dalla struttura alla funzione*, Milano: 22 et s.; 1971, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in Studi Grosso, IV, Torino: 615-635, ainsi que F. A. von Hayek, 1967, «Il liberalismo di F. A. Hayek», in *Biblioteca della libertà*, IV, 1967, n. 11: 28 et s. Sur le «droit fonctionnel», voir à nouveau A. Dagnino, op. cit.: 26 et s.

68. Voir, sur ce point, A. Dagnino, op. cit.: 109 et s.

69. *Ibid.*: 120.

70. *Ibid.*: 119.

71. *Ibid.*: 119.

Parmi les cas relevant de la première hypothèse, par exemple, la disposition permettant la déductibilité des dons en faveur de l'Église catholique a déjà été mentionnée. Avec cette disposition, la volonté du législateur de modifier, par l'incitation, le comportement humain est clair, de sorte que l'allègement constitue la contrepartie de l'action souhaitée.

Cette forme d'allègement fiscal présente par conséquent toutes les caractéristiques typiques de ce qu'on appelle un allègement incitatif, à savoir son « caractère impératif », impliquant que son instauration comme son abrogation des mesures ne puissent être rétroactives⁷². Dans la plupart des cas, les autres dispositions fiscales de faveur, comme les exemptions précitées d'ICI (impôt foncier local) et d'impôts sur les bénéfices, ne sont pas appliquées pour récompenser un comportement, mais la nature même de l'objectif poursuivi par les organismes et, tout en conservant un caractère fonctionnel, elles n'ont par conséquent pas de structure synallagmatique.

Leurs caractéristiques différentes permettent de les soumettre à un régime juridique différent de celui des allègements incitatifs ; elles, par exemple, à la différence des mesures d'incitation, ne sont pas impératives et peuvent donc être abrogées avec effet rétroactif, comme elles peuvent également être instaurées rétroactivement⁷³.

Ces allègements fiscaux en faveur des confessions religieuses – et en particulier celles de l'Église catholique – ont attiré l'attention de l'Union européenne qui, surtout ces dernières années, a instruit plusieurs enquêtes contre l'Italie afin de déterminer si et dans quelles mesures ils pouvaient constituer une violation du droit communautaire⁷⁴.

À propos de l'étude de chacune des dispositions de faveur, il sera ici question de la substance des observations formulées par la Commission européenne. Voici quelques commentaires sur un sujet sensible qui a déjà soulevé une grande controverse relative aux importants allègements accordés aux organismes sans but lucratif (article 76 bis).

Il faut à ce sujet souligner que le problème, du point de vue du droit communautaire, consiste essentiellement à déterminer si les allègements fiscaux en faveur des confessions religieuses peuvent être qualifiés d'aides

72. *Ibid.* : 114. Voir la référence à G. Guarino, 1962, « Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo », in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milan, Giuffrè : 143 et s.

73. A. Dagnino, *op. cit.* : 112 ss.

74. Sur le sujet, plus largement, R. Pianese, 2011, « Esenzioni fiscali concesse alla Chiesa », in *Innovazione e Diritto – rivista on line*, publié sous format pdf sur www.innovazionediritto.unina.it, 1 : 177 et s.

d'État pouvant porter atteinte à la liberté de la concurrence sur le territoire européen et, à ce titre, être interdits.

Trouver une solution législative qui prenne en compte l'existence de principes « non économiques » protégés par la Constitution italienne, tels que ceux prévus aux articles. 7, 8 et 19, ne constitue pas une nécessité pour l'ordre juridique communautaire, mais cela en est une pour l'ordre juridique national. Par conséquent, dans une perspective nationale, la solution de l'éventuel conflit entre le principe de libre concurrence et les valeurs inscrites dans les dispositions constitutionnelles précitées peut être recherchée dans une solution législative équilibrée, opérant un compromis limité entre les intérêts opposés en question. Du point de vue européen par contre, il y a une tendance à ne pas admettre la recherche d'un tel équilibre et à faire respecter la soi-disant primauté du droit communautaire sur le droit, même constitutionnel, des États membres⁷⁵, de sorte que tous les allègements fiscaux qui peuvent être qualifiés d'aides d'État doivent alors être supprimés du droit national.

Il s'agit d'une question d'ordre théorique, souvent mise en valeur par une doctrine située dans un autre système juridique⁷⁶. Cela est dû aux particularités du processus d'intégration européenne dans lequel il a été décidé de créer un ordre juridique aux fins spéciales, placé au-dessus de l'ensemble des systèmes juridiques, aux fins générales, des États-membres.

Cette position peut entraîner des conséquences juridiques pas toujours équilibrées, résultat de la primauté *pure et simple* [NDT: en fr. (*tout court*) dans le texte] attribuée au droit spécial de l'Union européenne, sans que ne soient pris en considération les intérêts qui pourraient entrer en jeu dans le cadre constitutionnel plus large des ordres juridiques nationaux.

75. C. Sacchetto, 1984, « I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 CEE; l'evoluzione e l'interpretazione della Corte di giustizia CEE e l'applicazione nell'ordinamento italiano », in *Dir. prat. trib.*, I: 499 et s.; « La Corte di giustizia, relazione presentata in occasione del Convegno Gli ottanta anni di diritto e pratica tributaria, Genova, 9-10 febbraio 2007 », in *Raccolta di interventi preparatori del Convegno*: 95 et s. Sur ce point, nous renvoyons à notre article: C. Sacchetto, 2002, « La tassazione internazionale degli enti non commerciali: un problema aperto », in *Rassegna Tributaria* n°3: 563 et surtout 577 et s.

76. Cf. A. Dagnino, 2002, « La tassabilità delle operazioni illecite nel sistema comunitario dell'Iva », in *Rassegna Tributaria*, 1: 114 et s.

Les interventions publiques en faveur de l'Église catholique : le financement direct

Procéder à l'analyse de la législation nationale sur le financement public⁷⁷ dans le cadre décrit ci-dessus présente de nombreuses difficultés tant en ce qui concerne les différents cultes et confessions religieuses autorisés dans notre système, que la diversification de l'intervention publique en la matière, ou que l'évaluation des dispositions normatives à la lumière des procédures de mise en œuvre du fédéralisme fiscal.

Le soutien financier public à l'Église catholique – dans la typologie précédemment identifiée des systèmes participatifs ou non-participatifs – représente une part importante des « dépenses sociales » et plus exactement des « dépenses fiscales » affectées aux activités « ayant une finalité religieuse ou culturelle ».

Le financement public de l'Église catholique n'est pas facile à cerner en raison du manque de cohérence et de conception systémique dans la succession des normes qui y sont relatives.

Des raisons politiques, l'émergence de nouvelles communautés aux croyances différentes ayant suivi les vagues d'immigration successives, ont donné une forte impulsion à la série d'accords et de procédures de reconnaissance des cultes qui étaient essentiels pour assurer le respect du principe de non-discrimination, tant au niveau national que communautaire⁷⁸. Ce principe a des répercussions importantes dans le domaine de la fiscalité.

Faits sociaux majeurs, le culte et la religion doivent être traités comme un bien social, un bien collectif et un droit de la personne, qui trouvent un fondement plus large dans les dispositions de l'article 20 de la Constitution, aux termes duquel sont interdites « les restrictions législatives et les charges fiscales spéciales à l'égard des organismes à caractère ecclésiastique ou dont le but est religieux ou culturel », organismes assimilés aux organismes aux fins éducatives ou de charité. Ce principe est le fondement sur lequel repose la justification de l'intervention financière publique à la fois nationale et locale. Il est en outre confirmé par la tendance de la jurisprudence nationale

77. Cf. E. Tawil, 2005, *Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie*, CRDF, n° 4 : 139-156 ; F. Bin, 2006-2007, « L'"otto per mille" italien, avenir du financement des cultes en Europe ? », in *Annuaire Droit et Religions*, vol. 2, tome 1 : 206 et s.

78. Pour une vue d'ensemble : F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, op. cit. ; P. A. d'Avack, 1974, « Libertà religiosa (dir. eccl.) », in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano.

à assimiler le but religieux ou cultuel aux buts charitable et éducatif (qui sont des droits sociaux).

L'objet de cette intervention a son propre fondement non seulement dans l'utilité sociale des activités menées par l'Église catholique⁷⁹ au bénéfice de la communauté, mais aussi dans la politique. En effet, l'État doit veiller aux intérêts généraux de la communauté et des structures supranationales auxquelles il a adhéré par la signature d'accords internationaux, ce qui, dans ce contexte, inclut également les activités culturelles et à caractère religieux⁸⁰.

Ce principe a été réaffirmé par la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg dans sa décision du 29 mars 2007, n° 23123/04, sur l'affaire *Spampinato contre Italie*⁸¹. Cette décision affirme notamment que la « neutralité confessionnelle » de l'État est le corollaire de la liberté religieuse⁸².

Avant d'aborder la question strictement financière, il est opportun de rappeler brièvement le nouveau rôle assigné à la Conférence épiscopale italienne (CEI)⁸³ par la modification des accords du Latran de 1929.

79. Vers la fin du XIX^e siècle, avec la promulgation de la loi n° 6972 du 17 juillet 1890, dite « Crispi », le statut juridique d'institutions publiques est reconnu aux organismes de bienfaisance qui fournissent des services comme l'aide sociale, la santé et l'éducation, et sont placées sous le contrôle de l'État. Les événements historiques, les crises économiques et en particulier la forte dette publique ainsi que la politique italienne de décentralisation administrative qui a été engagée depuis 1990 ont signé l'échec de la politique de l'État-providence. C'est dans ce contexte politico-socio-économique qu'intervient la promulgation de la loi n° 222 du 20 mai 1985, sur l'application de l'amendement aux accords entre le Saint-Siège et l'Italie en 1984 ; ce cadre réglementaire est décrit comme celui de la liberté effective de religion en vertu des articles 8 et 19 de la Constitution et sur lequel repose le décret n° 460/1997 régissant les organisations à but non lucratif d'utilité sociale.

80. Sur le contexte européen de ces questions, cf. V. Marano, 2001, « Unione Europea ed esperienza religiosa. Problemi e tendenze alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea », in *Dir. Eccl.* ; U. De Siervo, 2001, *La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino ; P. Floris, 2003, « L'Unione e il rispetto delle diversità. Intorno all'art. 22 della Carta di Nizza », in C. Cardia (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli ; G. Carobene, 2003, « Il fondamento dei diritti dell'uomo e il pluralismo religioso nella costruzione di un'etica europea », *Dir. Eccl.* 1.

81. La question était inhérente au financement public des groupes religieux à travers l'« otto per mille ».

82. Sur ce point, cf. F. Bin, « L'« otto per mille » italien, Avenir du financement des cultes en Europe? », *Annuaire Droit et religions*, vol. 2, passim. L'auteur affirme que la « neutralité est assurée par l'application du système à l'ensemble des Églises admises à et acceptant de signer un accord avec l'État italien et par le retrait de l'État de la décision d'affectation, confiée aux contribuables » et souligne également la réalisation d'une neutralité de l'État à la fois interne et externe.

83. Le pape Jean-Paul II a donné une forte impulsion au nouveau rôle de la Conférence épiscopale italienne dans le droit constitutionnel canonique. La Conférence épiscopale a une fonction de représentation auprès des institutions civiles et, entre autres tâches, peut signer des accords avec l'État et adopter des règles pour la mise en œuvre des accords conclus dans des matières particulières,

Cette conférence a été fondée en 1952 et est considérée comme l'organe législatif de l'Église catholique, et donc l'interlocuteur des autorités civiles en ce sens que « les autres questions, pour lesquelles une collaboration entre l'Église catholique et l'État serait nécessaire, peuvent être réglées par la conclusion de nouveaux accords entre les deux parties représentées par les autorités compétentes de l'État et la Conférence épiscopale italienne ». Les nouvelles compétences de la CEI, qui vont au-delà du plan strictement pastoral, permettent de rendre plus explicite la finalité des financements publics de l'État basée sur les activités de l'Église catholique.

Bien que l'État italien se proclame laïque⁸⁴, il convient de noter que le financement public et les régimes d'incitations fiscales prévus pour l'Église catholique ne souffrent aucune comparaison en termes économiques avec ceux qui sont prévus pour les cultes autorisés, que l'État a reconnus comme confession religieuse⁸⁵.

Déjà dans le traité entre le Saint-Siège et l'Italie, dont l'article premier reconnaît « la religion catholique, apostolique et romaine » comme « seule religion de l'État », se trouve une forme de financement des frais engagés pour les services et les infrastructures, à la fois sur le territoire de la Cité du Vatican et sur le territoire italien (en particulier pour les services publics et les transports)⁸⁶, sur le fondement de l'article 6 du Traité; et également

.....
qui ne sont pas traités par le code de leurs compétences législatives telles que le financement de l'Église catholique, les moyens de subsistance du clergé et l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques.

84. La Constitution de 1948 affirme l'indépendance et la souveraineté de l'Église catholique (art. 7, § 1), reconnaît le pluralisme religieux (art. 8) et inclut le droit de professer librement sa foi, quelle qu'en soit la forme, seul ou en association (art. 19). Pour plus de détails, voir: C. Mortati, 1962, « Costituzione. Dottrine generali e Costituzione della repubblica italiana », in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano; S. Troilo, « Libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione », in www.forumcostituzionale.it; N. Fiorita et D. Loprieno (a cura di), 2009, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze; M. Aini, 2006, *Laicità e confessioni religiose, Relazione al convegno annuale dei costituzionalisti, Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26-27 oct. 2006; G. Catalano, 1974, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Milano.

85. En réalité, les conditions nécessaires pour accéder au financement des organismes/organisations des différentes confessions sont la reconnaissance de la croyance religieuse et la signature d'accords avec l'État italien. Cela a conduit à une série d'obstacles au principe de liberté religieuse et de protection des différents cultes, malgré le fait que ces accords soient désormais normalisés et que leur valeur soit uniquement limitée à l'application des principes du droit commun. Sur ce point, voir § 1 du présent article.

86. Ces dernières années, il y a eu une controverse sur les factures de consommation d'eau par l'État du Vatican qui étaient impayées et que le ministère des Finances a pris en charge en 2003.

l'exemption d'impôt sur le revenu italien, « des dignitaires, employés et salariés, même temporaires » (art. 17)⁸⁷. Avec la promulgation de la loi n° 1159 du 24 juin 1929, la religion d'État est abrogée et la liberté de religion et de sa pratique est permise, sauf si elle professe des principes et des rites contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 1^{er}). Après les négociations longues et difficiles qui ont abouti à l'accord entre le Saint-Siège et l'Italie en 1984, puis avec une série d'accords entre la CEI et les autorités de l'État dans différents domaines de compétence, commence une transition historique, en référence à la prise en compte des institutions et des biens ecclésiastiques par le système de financement indirect du clergé. Suite à la modification des accords du Latran de 1984 sont promulgués la loi n° 222/1985 et le décret présidentiel d'application n° 33/1987 qui instaurent les règles générales de reconnaissance des organismes ecclésiastiques catholiques installés en Italie, en définissent les critères précis et complets ainsi que la procédure pour obtenir une telle reconnaissance⁸⁸. Les dispositions normatives instaurent une distinction entre les activités religieuses et cultuelles et les organisations/institutions de droit canon qui sont considérées comme des biens civils certes nécessaires aux activités religieuses et de culte mais qui sont qualifiés de laïques.

Ces caractéristiques expliquent le régime spécial accordé également à des fins fiscales⁸⁹, malgré les nombreuses difficultés qui seront mises en relief.

C'est à l'occasion de cette révision des accords entre l'État et l'Église catholique que la Commission paritaire a été mise en place. Elle ne prévoit de financement direct que dans les cas où « la satisfaction de l'intérêt de l'État italien peut être atteinte par des interventions ayant pour objet l'édifice culturel »⁹⁰.

Ces interventions entrent dans le domaine des mesures d'« urbanisation secondaire » [NDT: en Italie, la loi distingue entre les opérations locales d'urbanisme primaire – par exemple les voies de circulation ou les réseaux de distribution d'eau et d'énergie – et les opérations d'urbanisme secondaire – dont les écoles primaires et, comme vu ici, les églises] comme le confirme l'article 53 de la loi n° 222/1985, reprenant les dispositions contenues dans la

87. L'exemption prévue par l'article 17 précité des accords du Latran est confirmée par l'article 3 du décret présidentiel n° 601 de 1973.

88. La procédure et les exigences relatives à l'accréditation des établissements d'autres religions sont également indiquées dans les accords avec ces autres religions.

89. Le processus de reconnaissance doit être réservé à quelques corps ecclésiastiques seulement, tels que les diocèses, les paroisses et les institutions pour le soutien du clergé. En particulier, il se réfère à la circulaire n° 25/1998.

90. La question du financement public de la construction des lieux de culte a fait l'objet d'un vaste débat dans l'interprétation et l'application, en particulier à la suite de la L. n° 222/1985 art. 74.

loi n° 865/1971, art. 44, qui désigne les églises et les autres édifices destinés aux services religieux comme objet des financements publics. Les dépenses d'urbanisation secondaire sont définies par des dispositions régionales et chaque municipalité doit attribuer un quota de financement aux édifices culturels, affectation devant être basée sur la présence territoriale des diverses confessions⁹¹.

Ce financement direct, qui peut exister sous différentes formes, est basé sur un lien étroit avec la religion concernée. Mais un examen plus approfondi des financements devient indispensable pour assurer la liberté d'exercice du culte. Le même art. 3 de la Constitution pose l'obligation pour l'État d'éliminer les obstacles à la liberté et à l'égalité... et au développement de la personne humaine. Enfin, il faut tenir compte du développement des activités pastorales et éducatives de l'Église catholique dans le contexte social actuel.

Une autre forme de financement indirect est fournie par le système des « bons scolaires » [*buoni scuola* littéralement « coupons-école » appelé vouchers en anglais] instauré par la loi n° 62/2000. En fait, les objectifs du législateur étaient de reconnaître l'égalité entre les écoles publiques et les écoles privées, y compris catholiques, au nom du principe de la liberté de l'enseignement. La loi précitée a instauré une aide financière sous la forme de « bons scolaires » pour les élèves issus de familles défavorisées, règle qui a été étendue aux écoles privées. Cette extension est en contradiction frappante avec les dispositions de la loi qui reconnaissaient l'égalité entre les écoles publiques et privées, sans charges financières pour l'État. Dès lors, le financement direct des personnes constitue un contournement de la loi. Cette brèche ouverte dans les premières années du nouveau millénaire a permis à chaque région de mettre en œuvre différents types de soutien pour le droit à l'éducation.

Les exonérations fiscales pour la Cité du Vatican et l'Église catholique sont contenues à l'article 2 du décret présidentiel n° 601/1973 qui prévoit l'exonération d'IRES (impôt sur les sociétés) des revenus des immeubles, en plus de l'article 32, § 3 du décret présidentiel n° 597/1973 qui prévoit que « les fabriques destinées exclusivement à l'exercice du culte et aux cimetières et leurs équipements connexes ne sont pas considérées comme productives de revenus, quelle que soit la nature de la personne qui les détient ».

91. Le critère de la répartition de la confession selon la taille du territoire, s'il est conforme à l'esprit de la rationalisation des dépenses publiques locales en fonction des besoins de la population locale, en plus des critères mentionnés par la Cour constitutionnelle, ne serait pas respectueux de la liberté de religion.

Par la suite, a été ouvert un débat doctrinal et politique à propos des dispositions réglementaires d'exonération de l'Impôt municipal unique (IMU), qui a remplacé l'ancienne taxe foncière municipale⁹². La nouvelle taxe n'affecte pas les dérogations prévues à l'article 7 du décret législatif n° 504/1992, comme les allègements fiscaux «pour les bâtiments destinés exclusivement à l'exercice du culte qui est compatible avec les dispositions des articles 8 et 19 de la Constitution, et leurs auxiliaires, des bâtiments utilisés par les sujets de l'article 87, alinéa 1, c) de la Loi sur l'impôt consolidé sur le revenu, approuvé par le décret présidentiel du 22 décembre 1986, n° 917, tel que modifié, destiné uniquement pour l'exécution des activités de bien-être, de protection sociale, de santé, d'éducation, de logement, d'activités culturelles, récréatives et sportives et des activités visées à l'article 16, lettre a) de la loi du 20 mai 1985, n° 222».

Une clarification de l'article 7 du décret précité (exemptions d'IMU) a été apportée par le décret législatif n° 163/2005, art. 6, qui affirme que cette disposition «est destinée à s'appliquer également dans le cas d'immeubles affectés aux activités d'assistance et de bienfaisance, d'instruction, éducative et culturelle en vertu de l'article 16, premier alinéa, lettre b) de la loi du 20 mai 1985, n° 222, même si elle est effectuée dans un cadre commercial dont le but est religieux ou culturel». Mais un problème se pose: la définition juridique du «but religieux ou cultuel». En réalité, si nous y réfléchissons, l'article 7 du concordat entraîne explicitement la soumission à l'impôt des activités des entités ecclésiastiques dont les fins sont autres que religieuses ou culturelles. [NDT: ce problème a été maintenu par le Conseil d'État italien en censurant en octobre un décret-loi de 2012 qui revenait à une conception plus restrictive, cf. notre introduction].

La question de l'exonération du paiement de l'ICI prévue pour l'Église catholique a fait l'objet, comme indiqué précédemment, d'une enquête de la Commission européenne afin de déterminer si elle doit être considérée comme une aide d'État ou une règle nationale qui établit un privilège pour l'institution ecclésiastique⁹³.

La jurisprudence nationale a quant à elle plusieurs fois reconnu l'exemption pour les organismes sans but lucratif, quand leur activité commerciale

92. La mise en œuvre du fédéralisme budgétaire s'est traduite par la mise en place de leurs propres taxes locales en plus des taxes municipales. Voir: E. Orsi, 2012, «La nuova IMU sperimentale», in *Boll. Trib.*: 101; S. Servidio, 3/2012, «L'imposta municipale propria (IMU)», in *Boll. Trib.*: 177.

93. La Cour de cassation est intervenue pour reconnaître l'assujettissement à l'ICI des organismes de l'Église catholique à l'égard de biens qui sont destinés à des activités commerciales.

n'est pas considérée comme principale ou quand ils ont pour objet la promotion et la diffusion de la culture catholique.

Le régime contient des avantages fiscaux comme une réduction de 50 % de l'IRES (impôt sur le bénéfice des sociétés) ou de l'IRAP (impôt régional sur les activités productives) des organismes reconnus qui exercent des activités dans un but religieux ou culturel, considérées comme équivalentes aux activités des organismes de bienfaisance⁹⁴.

Un accent particulier a été placé par la doctrine et la jurisprudence sur la question des « organismes sans but lucratif » et les avantages fiscaux accordés à leurs activités qualifiées de « non commerciales »⁹⁵.

La question a fait l'objet d'études et de débats sur la compatibilité de la taxe avec les principes d'égalité et de non-discrimination fiscale au sein de l'UE, ainsi que sur la possibilité d'encadrer les avantages fiscaux de façon comparable aux aides d'État. La tendance consiste à exclure ici la qualification d'aides d'État, et donc la violation de la libre concurrence par les activités des organisations non commerciales (dont, par définition, l'ensemble des institutions religieuses) en raison de l'absence du caractère sélectif de l'aide d'État sur la base des dispositions de l'article 107, alinéa 3, d) du TUEF.

En conclusion, on considère que l'ampleur des interventions financières de l'État en faveur des institutions ecclésiastiques, ainsi que des confessions et des cultes montre que les règles concordataires avec l'Église catholique, les différents accords conclus et en particulier la loi sur la liberté de culte ne sont désormais plus en rapport avec le nouveau contexte politique, social et économique. L'intensification de la présence du secteur tertiaire dans l'économie et l'influence croissante du droit et de la jurisprudence dans le droit national déterminent la complexité et la difficulté à procéder à un contrôle plus strict sur les activités menées par des organismes non commerciaux. Les mesures financières présentées brièvement font référence à des activités en général et non aux personnes morales qui les réalisent.

Enfin, il est à noter la définition générale d'une activité à but religieux ou culturel, l'ampleur du concept qui pourrait être utilisé pour mener des activités à but lucratif dans des configurations juridiques variées.

Les implications pour les intérêts de l'État sont importantes et doivent être mises en relation avec la nouvelle répartition des responsabilités entre les autorités nationales et locales. En réalité, le bâtiment de culte est une question

94. Article 66, § 8 du décret-loi n° 331/1993, converti en loi n° 427/1993.

95. Cf. C. Sacchetto, 3/2010, « Tassazione internazionale degli enti non commerciali », in *Rass. Trib.* : 542.

dévolue aux régions, et donc l'allocation de fonds est à cette fin réglementée au niveau régional et local. Si vous acceptez l'assimilation des cultes à l'intérêt public de la même manière que l'instruction publique, il est évident qu'il faut l'englober dans les questions relevant de la compétence de l'État ou de la législation concurrente de la protection des biens culturels (article 117, paragraphes 2, s) et 3). La jurisprudence constitutionnelle est souvent intervenue en ce qui concerne la législation régionale en matière de subventions aux édifices cultuels en déterminant des hypothèses de discrimination envers les confessions religieuses qui n'ont pas encore conclu des accords avec l'État⁹⁶.

Une centralisation des règles relatives à ces questions, dans une vue d'ensemble, permettrait d'assurer le respect du principe de l'égalité et de la liberté de culte et de permettre un meilleur contrôle des besoins réels dans divers domaines, en particulier dans le contexte actuel de récession économique et de politique de *spending review* [contrôle des dépenses].

96. Avec l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 346 de 2002, l'art. 1 de la loi de la région Lombardie n° 20 du 9 mai 1992 a été déclaré illégal, dans la mesure où il prévoyait le versement de contributions pour la construction d'édifices religieux et d'équipements destinés aux services religieux seulement en faveur de l'Église catholique et des confessions religieuses qui ont conclu des accords avec l'État. La disposition législative est illégale, en vertu de l'art. 8, al. 3 de la Constitution, parce qu'elle détermine évidemment une inégalité par rapport aux autres cultes, en l'espèce, la Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah dont les relations avec les autorités nationales a fait l'objet d'un récent accord en 2007, dont la loi d'approbation est toujours en cours d'examen. Pour la doctrine, cf. R. Botta (a cura di), 1999, *Le norme di interesse religioso negli statuti regionali, provinciali e comunali*, Milano; L. Vannicelli, 2001, *Confronto storico – giuridico in tema di finanziamento delle confessioni religiose*, Milano; C. Pinelli, 1987, *Un'altra legge finanziaria alla consulta: i nuovi orientamenti della Corte in tema di rapporti Stato-Regioni e di finanza regionale*, Giur. cost., I: 2332; G. Crepaldi, 2009, *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*; A. Celotto, 2008, *La Corte costituzionale finalmente applica il comma 1 dell'art. 117, cost. (in margine alla sentenza n. 406 del 2005)*, Ragiusan, fasc. 285-286: 206; G. Piperata, 2003, *Semplificazione amministrativa e competenze delle regioni: ancora un intervento della Corte costituzionale in attesa dell'attuazione della riforma del titolo V cost. (nota a C. cost. 23 luglio 2002 n. 376)*, Reg. Liguria e altro c. Pres. Cons. – Regioni: 275; R. Terranova, 3/2003, «Considerazioni in tema di legislazione regionale sul finanziamento dell'edilizia di culto», *Dir. Eccl.*: 1139 et s.

Formes spécifiques de financement participatif : l'« otto per mille » et le « cinque per mille ».

Comme cela a été souligné, l'État italien a toujours assuré un système de subventions des besoins de l'Église liés aux services religieux fournis à la population.

La loi n° 3848 du 15 août 1867, tout en expropriant les biens appartenant à l'Église catholique, a créé un Fonds pour le culte⁹⁷ afin d'assurer une subvention au clergé pauvre qui comprenait une provision pour pension égale à 5 %. Le financement était créé à titre de compensation.

Ce système s'est immédiatement révélé inefficace et, en 1870, une nouvelle loi a été adoptée qui a permis l'aliénation de biens immobiliers de l'Église expropriés par l'État, en maintenant des règles spécifiques pour le diocèse de Rome à l'égard des immeubles expropriés afin de financer le traitement du clergé.

La situation économique de l'époque était déjà considérablement déficitaire et les charges de l'Église catholique ont été incluses dans le chapitre des dépenses du ministère de la Justice intitulé « contributions à l'exercice des cultes en général ». Par la suite, le montant de ces charges devient de plus en plus important et est inclus dans un titre du budget distinct contenant plusieurs articles de dépenses pour les différents cultes.

La signature du traité du Latran, de l'accord financier et du Concordat sanctionne la reconnaissance par l'État de la personnalité juridique des organismes ecclésiastiques, des organisations et des associations religieuses reconnues par l'Église (article 29).

Du point de vue de l'impôt, les œuvres de religion et de culte sont équivalentes aux œuvres caritatives et, comme mentionné ci-dessus, ainsi comprises dans l'exclusion de toute taxation ordinaire et extraordinaire par l'État ainsi que toute autre entité des structures de l'Église. Aussi l'article 2 de l'Accord prévoit l'exonération d'impôt pour l'ensemble des publications, des affichages et des actes de l'Église.

Le Traité entre l'État et l'Église a posé une limite à la souveraineté de l'État italien en instaurant des obligations financières directes (versement d'un *tantum* et engagement financier pluriannuel permanent) en faveur de l'Église catholique⁹⁸. Il avait précédemment établi une obligation directe

97. Le Fonds pour le culte avait été établi comme Caisse ecclésiastique par la loi du 29 mai 1855 dans le Piémont.

98. Article 30 du Traité.

supplémentaire en faveur des prêtres et des évêques dont les revenus n'atteindraient pas de façon persistante un certain niveau⁹⁹.

Ce système de financement direct est resté en vigueur jusqu'à ce que le traité soit modifié en 1984 et qu'une transition soit opérée vers un système de soutien indirect.

L'article 47 de la loi n° 222/1985 prévoit l'attribution d'une part des recettes de l'impôt sur le revenu (IRPEF), part évaluée annuellement sur la base des déclarations de revenus dans laquelle les contribuables peuvent exprimer leur choix quant à l'affectation de la part de l'«otto per mille» de leur impôt¹⁰⁰.

Les fonds sont répartis proportionnellement en fonction du pourcentage des choix effectués par les contribuables. En outre, le même article en son troisième alinéa précise que les montants correspondant aux impôts des contribuables ne s'étant pas exprimés sont répartis entre l'État et les cultes bénéficiaires au prorata des choix effectués. La part de 8 pour mille est donc calculée sur le total des recettes de l'impôt sur le revenu, et non pas seulement sur ceux qui ont exprimé un choix religieux comme dans les systèmes allemand¹⁰¹ ou espagnol.

D'une part, nous observons une différenciation entre le citoyen en tant que contribuable, et le citoyen en tant que croyant, d'autre part, l'État garantit la protection des citoyens de toutes les religions et même de ceux qui n'appartiennent pas à l'une d'elle. L'utilisation des recettes fiscales de la collectivité de façon indivisible pour le financement du fonds de l'«otto per mille», sans prise en compte des choix opérés dans la déclaration annuelle de revenus, n'est pas considérée comme portant atteinte aux principes de liberté et d'égalité.

99. La forme de ce financement (versements discrétionnaires des préfets) n'a pas été bien acceptée par le Vatican. Voir G. Vegas et Don Adv. Andrea Celli, 3/2000, «Il concreto funzionamento degli istituti per il sostentamento del clero», *Dir. Eccl.*

100. Le mécanisme a été mis au point par le comité mixte, appelé à élaborer le projet de loi et à régler les questions économiques et financières entre les parties. Cf. le «Rapport sur les principes» du 6 juillet 1984.

101. Suite à la réduction significative des revenus de l'impôt d'Église, la Conférence des évêques d'Allemagne, avec le soutien du Vatican, a récemment déclaré que «celui qui ne paie pas l'impôt d'église ne sera plus considéré comme un catholique et ne peut donc avoir le plus grand accès aux sacrements, comme la confession, l'Eucharistie, ou ne peut plus être parrain. En cas de décès, des funérailles religieuses lui seront refusées, mais il ne sera pas automatiquement excommunié. [...] C'est un grave manquement envers la communauté ecclésiale». *La Repubblica* du 22 septembre 2012 : 21.

Le régime prévoit un nantissement des fonds alloués «en partie à des fins d'intérêt social ou humanitaire gérées par l'État, en partie, à des fins religieuses gérées directement par l'Église catholique»¹⁰².

Il est à noter que l'impôt sur le revenu repose sur le concept juridique de l'universalité budgétaire et est donc destiné à financer l'ensemble des services et des biens de la collectivité. Par conséquent, la part de l'«otto per mille» attribuée par l'État¹⁰³ aux fins déterminées en collaboration avec l'Église catholique apparaît comme une ingérence du système conventionnel des Accords entre l'Église et l'État (qui ne peuvent normalement pas être modifiés unilatéralement) dans la souveraineté financière nationale et comme l'institution de dépenses publiques contraintes¹⁰⁴, dépenses soustraites aux contrôles de la Cour des comptes. La même critique ne pourrait pas être formulée pour l'impôt d'État en faveur de l'Église catholique, juridiquement fondé sur les accords du Latran et le Code de droit canonique de 1983.

Il convient à ce sujet de noter que ce dernier prévoit de taxer les fidèles de l'Église catholique; cependant, cette forme de financement est éclipsée parce que la majeure partie des revenus ecclésiastiques est représenté par le transfert d'une partie des recettes fiscales de l'État¹⁰⁵ librement choisi par les fidèles.

Une seconde remarque doit être faite à propos de la qualification de ce système de financement «indirect» ou «par la base». Lors de l'adoption de la loi, l'«otto per mille» a été présenté comme un «changement d'époque» pour le financement direct de l'Église par l'État et comme un renforcement du principe de la liberté religieuse des citoyens. Ses modalités de mise en œuvre n'étaient que des moyens de transfert d'une part des recettes fiscales. La méthode employée relève en réalité d'une logique très différente et le financement accordé à l'Église catholique fait en fait toujours partie de l'impôt direct sur les revenus, ayant par définition comme objectif principal de financer l'État.

102. L'art. 48 de la loi n° 222/1985 prévoit que les fonds visés à l'art. 47, al. 2, doivent être utilisés par l'État pour financer la lutte contre la faim dans le monde, les catastrophes naturelles, l'aide aux réfugiés, la préservation du patrimoine culturel; par l'Église catholique pour les besoins cultuels de la population, pour soutenir le clergé, pour les interventions caritatives en faveur de la communauté nationale ou dans les pays du tiers monde.

103. Il convient toutefois de noter que le montant de l'«otto per mille» semble avoir été réduit dans des proportions variables par la loi n° 350/2003, art. 2, § 69 et les lois financières suivantes, afin d'améliorer l'équilibre des finances publiques, couvrant partiellement l'abolition de l'ICI sur la résidence principale.

104. Le 15 juin 2011, la Commission du budget a présenté une proposition de modification de l'art. 48 de la loi n° 222 du 20 mai 1985, concernant la répartition de l'«otto per mille».

105. Voir S. Berlingò, 1992, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, Il Mulino: 118-119; G. Vegas, 1990, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, Padova, Cedam: 163.

Enfin, il convient de noter que la CEI n'a pas de comptes à rendre sur l'utilisation des fonds reçus auprès de la Cour des comptes et des autres organismes gouvernementaux, mais doit simplement transmettre chaque année un état des dépenses afin d'expliquer les objectifs poursuivis et leur mise en œuvre avec ces sommes.

En fin de compte, il est évident que, en vertu des Accords, un pouvoir de cogestion et de contrôle a été effectivement confié à l'Église catholique sur la part de l'«otto per mille» affectée par les contribuables à l'État, mais ne procure pas à celui-ci un pouvoir égal sur la part allouée à l'Église catholique.

La règle régissant l'«otto per mille» en Italie a été soumise à la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁶, non pas pour un motif de constitutionnalité, mais en réalité sur celui de la violation du libre choix du contribuable dans le cas de non-choix de sa part de la destination de l'«otto per mille». Il s'agit d'ailleurs de l'un des premiers cas où la question est allée directement devant la Cour européenne sans une action préalable des autorités nationales. Mais la Cour n'a pas pris de position sur cette question considérée comme regardant exclusivement le droit interne et ses relations avec les seules confessions religieuses¹⁰⁷.

En plus du système de financement direct de l'Église catholique par l'État, une autre forme de financement conçue pour les organisations religieuses et caritatives, appelée «cinque per mille» a été introduite par la Loi n° 296 du 27 décembre 2006. Avec ce système, contrairement au précédent, le bénéficiaire¹⁰⁸, qui doit respecter des conditions légales, est choisi directement par le citoyen-contribuable-croyant. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de conclure une entente avec l'État, mais simplement de bénéficier d'une reconnaissance juridique de l'organisation/institution selon des règles communes. Par ailleurs, ce système n'a jamais été mis en place de façon définitive dans l'ordre juridique italien mais progressivement reconduit d'année en année. La révision de ce système fait d'ailleurs l'objet d'une étude: «rationalisation et stabilisation de l'institution d'une allocation de cinq pour mille de l'impôt

106. CEDH, 29 mars 2007, aff. Spampinato contre Italie. Sur ce point voir M. G. Belgiorio de Stefano, «La Corte di Strasburgo legittima l'otto per mille alle chiese», in *Il fisco*: 3341.

107. La Cour européenne des droits de l'homme dans le cas Spampinato c / Italie rappelle les dispositions de l'art. 9 de la Convention qui stipule une liberté religieuse «négative»: la liberté religieuse pour les citoyens de ne pas croire. Pour plus de détails, voir. F. Bin, «L'«otto per mille» italien, avenir du financement des cultes en Europe? », *op. cit.*

108. Les bénéficiaires peuvent être: a) les organismes sans but lucratif d'action sociale (y compris, par conséquent, les organismes ecclésiastiques); b) les institutions de recherche scientifique et les universités; c) les institutions de recherche médicale.

sur le revenu des particuliers en fonction des choix effectués par les contribuables » à la suite de la décision de réformer les dépenses fiscales (*tax expenditures*) figurant dans la loi d'habilitation en matière de fiscalité de 2012¹⁰⁹.

En outre, le «cinque per mille» est basé uniquement sur les choix des contribuables et n'est affecté qu'à la suite de cette déclaration. En l'absence de choix, le montant reste à l'État. Depuis 2007, le fonds a distribué au maximum 400 millions d'euros. Actuellement, ce montant est temporairement en train de se réduire considérablement.

Certes, cette deuxième forme de financement répondrait pleinement au principe de la liberté individuelle, car en réalité le contribuable alloue cinq pour mille non pas de l'ensemble des recettes fiscales, mais de sa cotisation d'impôt personnelle, même si cela crée un déséquilibre dans la répartition du financement entre les nombreuses organisations énumérées dans les listes de l'agence de l'impôt sur le revenu.

Les organisations moins enracinées dans le territoire et dont les structures sont légères seront plus défavorisées.

Enfin, il convient de noter qu'il existe une autre critique du système de financement avec le chevauchement possible des fonds publics que pourraient obtenir certaines entités désignées comme destinataires. En fin de compte, les dépenses publiques, ou plutôt les dépenses fiscales en termes de perte de recettes fiscales, ne sont pas négligeable et, par conséquent, la source de débats importants dans le cadre du projet de loi d'habilitation fiscale qui prévoit l'identification des différents instruments de financement et des facilités financière pour les organismes désignés par les contribuables.

109. Art. 4, § 2, du projet de loi d'habilitation du gouvernement pour prendre des dispositions pour un système fiscal plus équitable, transparent et orienté vers la croissance, du 15 juin 2012.

Le traitement des religions différentes de l'Église catholique.

Les accords entre l'État et les autres confessions religieuses¹¹⁰ ont une structure quasiment normalisée (qui devrait dans un certain sens les protéger de discriminations évidentes) et concernent les personnels religieux, la protection pénale, le mariage, la reconnaissance et la gestion des organismes, la protection du patrimoine culturel, l'enseignement religieux dans les écoles, les hôpitaux, les prisons et les casernes militaires.

En fait, les différences n'affectent pas la reconnaissance du patrimoine et la liberté de professer sa foi, individuellement ou en groupe, mais concernent une partie des importants avantages fiscaux exclusivement reconnus par l'État à l'Église catholique. Par exemple, l'encadrement de l'enseignement de la religion des autres religions est régi exclusivement par la loi n° 1159/1929 qui ne leur accorde pas le financement et les facilités connexes prévues pour l'Église catholique¹¹¹.

.....
110. Les accords conclus :

- la Table vaudoise : signé le 21 février 1984 et approuvé par L. 449/1984, modifié en 1993 ; l'accord final a été signé le 4 avril 2007 et approuvé par la loi 68/2009 ;
 - les Assemblées de Dieu d'Italie : signé le 19 décembre 1986, approuvé par L. 517/1988 ;
 - l'Union des Églises chrétiennes adventiste du 7^e jour : signé le 29 décembre 1986 et approuvé par L. 516/1988, modifié en 1996 et le 4 avril 2007 et approuvé par L. 67/2009 ;
 - l'Union des communautés juives d'Italie (UCEI) : conclu le 27 février 1987 et approuvé par L. 101/1989, modifiée le 6 novembre 1996 et approuvé par L. 638/1996 ;
 - l'Union Chrétienne évangélique baptiste d'Italie (UCEBI) : signé le 29 mars 1993 et approuvé par L. 116/1995, modifié le 16 juillet 2010 et approuvé par L. 34/2012 ;
 - l'Église évangélique luthérienne d'Italie (CELI) : signé le 20 avril 1993 et approuvé par L. 520/1995 ;
 - l'archevêché orthodoxe grec d'Italie et Exarchat d'Europe du Sud : signé 4 avril 2007 et approuvé par L. 126/2012 ;
 - l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours : signé le 4 avril 2007 et approuvé par L. 127/2012 ;
 - l'Église apostolique d'Italie : signé le 4 avril 2007 et approuvé par L. 128/2012 ;
- Des accords ont également été signés le 4 avril 2007, mais pas encore juridiquement approuvés, par :
- la Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah ;
 - l'Union bouddhiste italienne (UBI) ;
 - l'Union italienne hindoue.

En matière d'ententes se référer à l'avis du Conseil d'État, sect. I, n° 3048/96 du 29 Octobre 1997, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1998/3. Voir A. Fabbri, 3/2000, « Note sui soggetti capaci di intese ai sensi del III comma dell'art. 8 della Costituzione », *Dir. Eccl.* ; A. Vitale, 1989, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, Giuffrè.

111. Jusqu'en 2003, le professeur de religion catholique dans les écoles italiennes avait un statut précaire, étant nommé par l'évêque en vertu de l'art. 7 de la loi n° 831/1961.

La loi prévoit la possibilité de demander pour les élèves une exemption de l'enseignement de la religion catholique et l'enseignement religieux peut être mis en place pour d'autres confessions dans des locaux mis à disposition selon une stricte procédure d'autorisation.

Une autre controverse concerne le projet d'accord déposé par l'Union des athées et des agnostiques rationalistes et contenant un « programme » dans le but d'atteindre leur objectif de créer un État laïque. Ce contenu ne répondait pas aux caractéristiques légales des accords État-religions¹¹².

L'affaire a été portée devant le Conseil d'État, qui a reconnu le bien-fondé du recours sur la base de l'article 2, alinéa 3, l) de la Loi n° 400/1988 : « les actes concernant les rapports prévus par l'article 8 de la Constitution, qui comprennent les décisions sur l'opportunité d'ouvrir des négociations pour un accord possible avec les confessions religieuses sont soumis à la délibération du Conseil des Ministres et ne doivent pas être décidés par le Sous-secrétaire à la Présidence du Conseil des Ministres. »

Un débat un peu plus complexe concerne le cas des communautés islamiques en Italie¹¹³. En pratique, à partir de la fin des années 1990, elles ont fait des propositions d'accord avec l'État italien mais, contrairement au cas précédent, l'absence de signature est due autant au caractère discrétionnaire des activités de la commission gouvernementale chargée de traiter ces questions¹¹⁴ qu'à l'absence d'une représentation unitaire de cette confession religieuse. En effet, en Italie, les communautés islamiques se sont organisées en associations non reconnues à l'exception du Centre culturel islamique d'Italie. Le problème principal est lié au concept même de l'islam qui est un mode de vie régissant tous les aspects de la vie (religieuse, idéologique, social, politique et éthique) selon une synthèse, un calendrier et un équilibre propre¹¹⁵.

112. Cf. la déclaration faite par le Conseil d'État, sect. I, n° 3048/96 du 29 octobre 1997.

113. En Italie, il y a plusieurs communautés islamiques : le Centre culturel d'Italie (CICI), l'Association des musulmans italiens (AMI), l'Union des communautés et des organisations islamiques d'Italie (UCOI) et l'Association pour l'information sur l'islam en Italie (CoRels).

114. Cons. État, sect. IV du 18 novembre 2011, n° 6083. Pour la doctrine, cf. G. Casuscelli, 1974, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè.

115. Pour une discussion de la question, voir G. M. Piccinelli, 2005, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, lura Orientalia I/1 (: 131-143, www.iurao-orientalia.net; L. Musselli, « Islam e ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione », in *Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 4; A. Bausani, 1988, *L'Islam*, Milano, Garzanti; A. Cilardo, 1990, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Roma, Istituto per l'Oriente « C. A. Nallino ».

En général, la reconnaissance des autres religions découle de l'application de la loi n° 159/1929 précitée et les organisations/institutions concernées sont soumises au contrôle et à la surveillance de l'État, mais en étant placées sous un régime de contrainte supplémentaire établi par l'article 13 du règlement d'application n° 289 du 28 février 1930, qui donne le pouvoir à l'État «de procéder à des inspections et à des visites de ces institutions» et, en cas de violations de la loi, de pouvoir procéder à leur dissolution.

Bien sûr, c'est un ensemble de règles beaucoup plus strictes que celles prévues pour les organisations/institutions de l'Église catholique¹¹⁶.

D'un point de vue strictement financier, il convient de noter que toutes les religions concernées ont, après un moment d'incertitude, choisi de participer à l'attribution du financement public suivant les critères utilisés par l'Église catholique.

De fait, le financement par l'«otto per mille» relève d'une procédure générale identique, même s'il est possible de relever des différences de traitement en ce qui concerne certaines confessions religieuses, différences qui constituent une violation des principes d'égalité et de non-discrimination.

En fait, certains groupes religieux ne participent pas à la répartition proportionnelle dans les cas d'absence de choix fait par le contribuable dans sa déclaration d'impôt. L'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie (UCEBI) n'a pas d'accord avec l'État relatif au système de financement public. Les églises de la Table vaudoise ont d'abord refusé le financement public, avec l'accord du 21 février 1984 (loi n° 449/1984), puis, suite à la modification de l'accord du 25 janvier 1993 (loi n° 409 du 5 octobre 1993), ont décidé de participer au financement. De même, les communautés juives avaient initialement opté pour le maintien du système traditionnel de financement par la dîme qui ne requerrait que la reconnaissance juridique (accord du 27 février 1987: loi n° 101 de 1989) puis, avec l'amendement de la loi n° 638 du 20 décembre 1996, elles ont choisi de participer à la distribution de l'«otto per mille» des recettes de l'impôt sur le revenu. IRPEF. La motivation ne peut être que politique.

Les confessions religieuses également impliquées dans la répartition de l'«otto per mille» des recettes de l'impôt sur le revenu sont les suivantes: l'Union italienne des Églises chrétiennes adventistes du 7^e jour, les Assemblées de Dieu d'Italie (NDT: d'inspiration pentecôtiste), l'Église évangélique luthérienne d'Italie. À partir de 2012 participeront à la distribution de l'«otto per

116. Cf. A. Licastro, 2007, *Sui requisiti «moralì» per l'approvazione della nomina dei ministri dei «culti ammessi»* (osservazioni a TAR Sicilia – Catania, Sez. II, 28 septembre 2007, n. 1505, in www.statoechiese.it, janvier 2008.

mille» l'Archevêché Orthodoxe grec d'Italie et Exarchat de l'Europe du Sud, l'Église apostolique d'Italie (NDT: d'inspiration pentecôtiste), l'Église évangélique luthérienne d'Italie (CELI). Certaines de ces confessions participent également à la répartition proportionnelle des fonds dans les cas d'absence de choix exprimé par les contribuables.

La réduction d'impôt pour les dons à hauteur de 1032,91 d'euros est reconnue en faveur des confessions suivantes: la Table vaudoise, les Assemblées de Dieu d'Italie, l'Union des Églises chrétiennes adventistes du 7^e jour, l'Union des communautés juives d'Italie, l'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie (UCEBI) et l'Église évangélique luthérienne d'Italie (CELI). Enfin, leur sont reconnus d'une manière générale, malgré quelques restrictions, les mêmes exemptions et allègements fiscaux, subventions et autres concessions aux édifices de culte et aux ouvrages connexes¹¹⁷ ainsi qu'aux activités menées par des organismes reconnus ayant un but religieux ou culturel autres que ceux prévus pour l'Église catholique.

D'un point de vue politique, le traitement différent de la communauté islamique par rapport aux autres religions est dû à l'absence d'accord, ce qui, sur le plan fiscal, ne peut être justifié.

L'islam prévoit parmi ses cinq piliers le paiement de la *zakât*¹¹⁸, qui se compose d'un prélèvement fiscal¹¹⁹ en nature ou en espèces, appliqué sur la base de taux fixes sur le revenu des particuliers selon des modalités variées dans différents pays musulmans et dans les écoles juridiques islamiques. Globalement, cette contribution vise non seulement à une redistribution générale de la richesse, mais c'est aussi un devoir du musulman envers Allah constituant un moyen de purification des biens et «du cœur de celui qui le verse»¹²⁰. Les bénéficiaires du produit de la taxe sont certaines catégories de personnes pauvres et nécessiteuses, et la distribution est effectuée personnellement par le musulman. Le choix du bénéficiaire du prélèvement fiscal est laissé au musulman qui doit le payer. Ce prélèvement ne peut pas

117. En ce qui concerne le financement public des lieux de culte, notez que l'article 53 de la L. n° 222/1985 pour l'Église catholique affirme que les lieux de culte construits avec la contribution des autorités régionales et municipales ne peuvent pas être enlevés à leur destination.

118. L'obligation coranique de payer la *zakât* fait l'objet d'une description détaillée de la structure de l'impôt en proportion des marchandises sur lesquelles il repose, du niveau minimum pour le paiement de l'impôt, etc.

119. Certains auteurs ont traduit la *zakât* avec le terme d'aumônes, expression mettant juste en évidence les deux facettes – volontaires et obligatoires – de la même obligation légale à remplir selon la charia.

120. Les non-musulmans sont exclus du paiement de cette taxe coranique.

être remplacé par le paiement des impôts d'État car, comme précédemment indiqué, il s'agit d'une obligation religieuse, d'un signe d'appartenance à la communauté.

À l'heure actuelle, certains pays musulmans ont remplacé cette aumône par un véritable impôt de 2,5 % du revenu annuel perçu sur les revenus et sur certaines catégories de capital. Dans d'autres pays musulmans, en particulier ceux de tradition juridique chiite, il existe aussi d'autres types de taxes comme les *Khums* qui jouent un rôle important en tant que principale source de revenus du clergé et des infrastructures.

Même si aujourd'hui le paiement de cette taxe est laissé au libre choix des musulmans, sa structure pourrait être comparée à la dîme de la communauté juive, aux dons ou au «cinque per mille» versés aux organisations/institutions à buts religieux ou sociaux, à l'«otto per mille» de l'impôt personnel sur le revenu (IRPEF), s'il n'y avait le problème de la reconnaissance de cette institution par le droit national. Le problème central en revient une fois de plus à l'absence d'accord avec l'État pour la reconnaissance de cette confession religieuse, mais aussi à l'absence d'accord sur le concept de confession religieuse.

Aux États-Unis, l'Internal Revenue Service (IRS) considère la *zakât* comme une véritable taxe pour les musulmans et leur reconnaît donc le droit de procéder légalement à des retenues sur les revenus déclarés à l'administration fiscale.

Il faut noter que les législations régionales et locales relatives à la promotion de lieux de culte, qui ne nécessite pas la conclusion d'un accord entre l'État et la confession religieuse, s'applique aussi au financement des mosquées. En réalité, les mosquées ne sont pas seulement des édifices affectés à des activités religieuses, mais aussi à des activités sociales. Dès lors, elles ne devraient pas relever de la notion de «lieu de culte» telle que définie dans notre système juridique¹²¹.

121. La Cour constitutionnelle est intervenue dans l'affaire avec sa décision n° 203 de 1989 confirmant les principes de liberté et d'égalité entre les différentes religions.

Conclusions

La composition actuelle et maintenant multiraciale de la société italienne et l'ouverture croissante des frontières de la région méditerranéenne¹²² nécessite de repenser les règles régissant l'organisation des cultes dans le cadre de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle et de la coopération, de plus en plus nécessaire, y compris entre l'État et les confessions religieuses¹²³. Le système d'accords ne remplit qu'un rôle de liaison entre le système juridique civil national et les différentes communautés religieuses qui remplissent les conditions d'accès pour être couvertes par la législation nationale pour la protection et la garantie de leur foi.

Les confessions religieuses coexistent dans une égalité des droits et agissent sous le contrôle de l'État. Dès lors, avec un tel système de financement, elles devraient chercher en elles-mêmes leur raison de d'exister et trouver des membres qui, comme dans le cas de l'«otto per mille» ou du «cinq per mille», choisissent librement de faire don d'une part de leur dette d'impôt. Le financement pourrait ainsi contribuer à une sorte de «compétition» entre les confessions religieuses pour instiller dans l'esprit des citoyens leur propre esprit religieux, et ceci au plus grand bénéfice pour l'humanité.

Ce point de vue s'applique bien entendu à d'autres formes de financement indirect tels que les allègements fiscaux à partir du moment où ces avantages sont étendus à toutes les organisations/institutions appartenant à différentes confessions religieuses¹²⁴.

La question de l'affectation de ressources financières de l'Église catholique, comme aux autres cultes ne doit pas être traitée en opposition à la croyance qu'ils professent, mais elle relève certainement d'un besoin de réorganisation des dispositions réglementaires prises par l'État. En réalité, on croit généralement qu'il existe un engagement financier important de l'État en faveur des biens et des institutions de culte, considérés comme des étrangers résidant dans le pays.

122. Voir G. Dammacco, 2000, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Bari, Cacucci; V. Tozzi, 2000, «Società multiculturale, autonomia confessionale e questione della sovranità», in *Dir. Eccl.*, 1.

123. La quatrième section du Conseil d'État est intervenue par décision du 18 novembre 2011 n. 6083 en ce qui concerne les relations entre les confessions religieuses autres que catholique et l'État. Ce jugement découle d'une histoire qui a pour protagoniste l'Union des athées et des agnostiques rationalistes (UAAR).

124. N. Fiorita, 2006, «Prime riflessioni sulla politica ecclesiastica degli ultimi anni: enti ecclesiastici e agevolazioni fiscali», in *Dir. pubbl.*, 2.

Une seconde remarque peut être faite à propos de la reconnaissance des organisations et des institutions des différents cultes religieux qui peuvent donc bénéficier d'un allègement fiscal en ce qui concerne les activités non directement liées à des fins religieuses. En réalité, il s'agit d'une interprétation très large de la loi considérant des activités non directement liées aux institutions cultuelles elles-mêmes comme des activités poursuivies avec « l'inspiration religieuse ». Cette interprétation revient à contourner les systèmes fiscaux qui régissent ces mêmes activités, même sans « inspiration religieuse ».

La restructuration du système de financement des cultes, près de trente ans après sa mise en place, soulève des questions encore plus graves si elles sont considérées dans le cadre d'une Communauté européenne en pleine transformation – dans laquelle l'Italie est insérée – et du ralentissement économique concomitant qui a frappé l'Europe.

Le soutien financier aux religions et à leurs organisations dans la poursuite des fins cultuelles doit relever avant tout de la structure confessionnelle¹²⁵ et des fidèles et, seulement de façon résiduelle, de l'État. Le cas du financement de l'Église catholique est emblématique. Dans une première approche, nous ne prenons en compte que le financement par l'« otto per mille » et les allègements fiscaux prévus pour les organisations religieuses reconnues mais, comme cela a été souligné, entre l'interprétation large de ces règles et les formes variées de financement des infrastructures et des services fournis par ces organisations dans le cadre des dépenses publiques nationales, tout cela entraîne une augmentation significative du coût supporté par l'État.

Dans une récente interview, Mgr Ravasi a déclaré le 7 septembre 2012, en référence à l'exemption du paiement de la propriété IMU, « même Jésus a payé des impôts » et « Saint Paul aussi exhorte les Romains à payer les impôts à l'empire ». Ce vibrant appel, non partisan, semble reconnaître que l'État ne peut pas toujours être neutre à l'égard de l'Église catholique...

La controverse critique est principalement concentrée sur la seule Église catholique, en raison de son implantation très forte sur le territoire, mais on ignore que les pertes de recettes de cette taxe concerne également les bâtiments d'autres religions, même s'ils sont de bien moindre importance.

Il faut espérer qu'à l'heure actuelle une plus grande synergie entre l'État et l'Église catholique soit créée, synergie qui pourrait par la suite être étendue à

125. Par exemple, l'Église catholique a le pouvoir de taxer les fidèles et peut les solliciter dans des circonstances particulières au sens du can. 222 du Code de droit canonique. En effet, l'Écriture même rappelle le devoir de charité : Rm 12:13, Hébreux 13:16 ; Actes 20:35, 1 Tim 6,17 à 19. Cf. S. M. Gasser (a cura di), 1988, *Sovvenire alle necessità della Chiesa. Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, Episcopato italiano – Roma, 14 novembre.

d'autres structures religieuses. L'Église catholique en Italie est la plus grande institution de prestation de biens et services offerts sur le territoire. Cela nécessite un partenariat et non un chevauchement entre l'État et l'Église catholique dans le but de réaliser des économies d'échelle. La collaboration entre ces deux institutions est appelée de ses vœux par l'encyclique *Gaudium et spes* au paragraphe 76, qui, en réaffirmant leur indépendance, demande instamment à l'Église de prêcher « la vérité de l'Évangile, en éclairant tous les secteurs de l'activité humaine par sa doctrine et par le témoignage que rendent des chrétiens. L'Église respecte et promeut aussi la liberté politique et la responsabilité des citoyens ».

Les déséquilibres sont le résultat d'une législation fiscale hétérogène et chaotique, d'un manque de transparence des anciennes lois financières et les mesures législatives prises en cas d'urgence, enfin de l'absence d'une stratégie commune entre l'État et l'Église dans la poursuite d'objectifs communs.

On ne doit pas omettre les tendances positives en termes de péréquation financière entre les différentes communautés religieuses, et en particulier avec la communauté catholique, dans différents domaines et en termes d'élimination du cadre juridique des formes de discrimination entraînées par un financement *ad personam* et sur la base des conditions du ministre des Cultes¹²⁶.

En bref, les différents types de financement des cultes par l'État, comme l'« otto per mille », l'exemption d'IMU (anciennement ICI), le 8 % du coût de l'urbanisation secondaire, l'entretien des dignitaires de l'Église catholique et des professeurs de religion, des aumôniers militaires, des prisons et des hôpitaux, le financement égalitaire des écoles catholiques, ainsi que des incitations et subventions régionaux pour les patronages¹²⁷, représentent d'importantes charges financières pour les dépenses sociales de l'État et devraient être rationalisés surtout dans un contexte de récession économique.

En conclusion, il faut espérer que l'État italien repense le financement des cultes en ayant pour but d'éviter les doubles emplois, les dépenses excessives et les formes indirectes de financement qui sont en réalité directes et reposent sur une motivation douteuse. L'État est invité à mettre en œuvre une forme plus souple d'intervention dans les affaires religieuses, sans manquer à la mission constitutionnelle de promotion et de développement de la personne dans sa dimension spirituelle et religieuse¹²⁸.

126. Système supprimé par la loi n° 222/1985.

127. L. n° 328/2000.

128. Voir en ce sens également F. Bin, « L'« otto per mille » italien, Avenir du financement des cultes en Europe? », *op. cit.*: 219.

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

Le problème d'un principe fondamental indéfini

Fabrice Bin

*Maître de conférences en droit public,
université Toulouse 1 Capitole, IRDEIC –
Centre d'excellence Jean Monnet – CERFF*

Le droit comparé, ou plus exactement la comparaison des droits, n'est pas qu'un exercice théorique, il permet de faire apparaître des points de convergence ou, au contraire, de divergence pour en tirer des enseignements quant aux éléments fondamentaux de l'existant ou formuler des suggestions quant aux évolutions souhaitables. Ces évolutions souhaitables ne sont pas toujours des imitations plus ou moins serviles de modèles étrangers¹. De l'analyse historique et comparée de la justification du financement public des cultes, émerge un constat : une évolution – la clarification de la question – serait souhaitable. Non pas que les pays étrangers fournissent à la France des exemples de solutions plus nettes. Mais de la confusion ou de l'absence assez générale de réponse claire émerge comme une évidence la nécessité d'affermir, par des principes clairs, les bases juridiques de ce qui semble incontesté pour en rendre l'expression incontestable.

Le régime français de laïcité – qu'il ne semble pas nécessairement pertinent de caractériser à ce stade² – surtout de séparation de l'État et des cultes et de suppression officielle de tout subventionnement public direct n'est pas forcément le cadre le plus adapté pour étudier notre sujet³. La question y

1. Même si les phénomènes d'exportation et de diffusion internationale de systèmes ou de régimes juridiques constituent, par les problèmes de leur acclimatation, l'un des objets d'étude les plus fascinants du droit comparé.

2. J. Gaudemet parle pour sa part de « conception française d'une laïcité ouverte », in B. Basdevant-Gaudemet et Fr. Messner (dir.), 1999, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, coll. Histoires : 244.

3. Sur l'originalité du système français, toutefois tempéré par le cadre européen, cf. O. Dord, 2004, *Laïcité : le modèle français sous influence européenne*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schuman : 92 p.

reste passionnée et fait l'objet, depuis une dizaine d'années, d'une résurgence de débats et de disputes politiques sur fond de crise des repères sociaux, de questionnement du modèle national et de contestation, il faut bien le dire, de l'immigration récente largement identifiée à une religion, l'islam, dont les incarnations médiatisées les plus spectaculaires ne sont pas les plus sereines. Surtout, le principe largement répété posé par l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 (« La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. »)⁴ est en pratique limité à une partie du territoire métropolitain (le concordat s'applique toujours en Alsace-Moselle⁵) et se limite aux subventions directes des Eglises. Les nombreux cas de subventions indirectes (entretien des églises, subventions aux écoles privées, très largement confessionnelles, avantages fiscaux liés aux dons, etc.)⁶ maintiennent jour après jour béant le fossé existant entre le principe de l'article 2 de la loi de 1905 – dont la formulation obéit à une logique exclusive – et la réalité du droit positif : l'interdiction de subventionner les cultes n'est pas un principe constitutionnel⁷. Il ne faut cependant pas faire du cas français une situation unique⁸. Aux Pays-

4. P.-H. Prélôt, 2003, « Le principe d'interdiction des subventions aux cultes », in F. Messner, P.-H. Prélôt et J.-M. Wæhring (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec : 866-862 ; J.-M. Wæhring, 2006, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R. D. publ.* : 1633 s. ; M. Le Roux, 2007, « La règle d'abstention financière des pouvoirs publics en matière cultuelle », *R. D. publ.* : 261 et s.

5. Il a même été envisagé au milieu de la IV^e République de revenir à un système concordataire pour l'ensemble de la France : cf. M. Lopez, 2010, « Les politiques concordataires au lendemain de la Seconde Guerre mondiale : de Franco à Guy Mollet », *R. D. publ.* : 1635 s. Sur le financement des cultes en Alsace-Moselle, outre sa thèse citée infra, cf. notamment F. Messner, 1996, « Le financement du culte par les collectivités territoriales. Rappel de la législation applicable », *Revue du droit local*, 19 septembre 1996 ; 2004, « Régime des cultes. Financement et patrimoine », in *Jurisclasseur Alsace-Moselle*, Paris, Éditions techniques, fasc. 233 ; 2010, « Le financement public des cultes en Alsace et en Moselle. Évolutions historiques », *RDC*, 60/1-2.

6. Sur la double logique directe/indirecte du financement des cultes en France, cf. H. Flavier, 2010, « Le financement public des cultes en France et le principe de laïcité », *R. D. publ.* : 1597 s. Pour une perspective plus large que la question du seul financement, cf. P. Portier, 2010, « Nouvelle modernité, nouvelle laïcité. La République française face au religieux (1880-2009) », in N. Merlet (dir.), *La laïcité à l'Université*, Saint-Étienne, Presses univ. de St-Étienne : 43-56.

7. Le Professeur Prélôt souligne « l'absence de consécration constitutionnelle », *ibid.* : 860. Le rapport Machelon précise qu'il ne s'agit pas d'un Principe fondamental reconnu par les lois de la République : cf. J.-P. Machelon, 2066, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics, rapport au ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire*, Paris, La Documentation française : 23. De façon générale, cf. *infra* dans ce dossier la contribution de M. le président Wæhring.

8. C. Sagesser, 2009, « Le financement public des cultes en France et en Belgique : des principes aux accommodements », in F. Foret (dir.), *Politique et religion en France et en Belgique. L'« héritage chrétien » en question*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles : 91-105.

Bas, depuis la disparition de l'Église nationale, les financements sont surtout indirects⁹.

Évoquer les aspérités du cadre français nécessite de clarifier un problème méthodologique avant d'aller plus avant. S'interroger sur le principe juridique justifiant le financement public des cultes implique bien évidemment que ce dernier est admis dans son principe, ce qui, au vu du cas français, n'est pas forcément évident. Pour la France, il est nécessaire de rappeler qu'il reste juridiquement parfaitement loisible au législateur, voire au constituant, de trancher le problème comme il le souhaite. Il est bien évidemment envisageable que ceux-ci rendent l'interdiction des subventionnements radicale en supprimant tous les cas indirects – y compris ceux présents dans le texte même de la loi de 1905 à propos des édifices. L'étude scientifique du problème juridique n'a pas à se prononcer sur un tel choix politique. Reste qu'il semble peu probable qu'une majorité – à défaut d'un consensus introuvable – se prononce dans ce sens à court ou moyen terme. Les contradictions et paradoxes de la situation française soulignent au moins les avantages à rechercher un principe juridique précis à ce problème – principe qui pourrait donc être l'interdiction de toute subvention. Il est vrai qu'elles n'empêchent pas non plus l'avantage inverse de l'indécision, qui, sans aller forcément jusqu'à une résolution du problème, peut faciliter le consensus social autour du flou et d'une évidente hypocrisie des règles de droit.

Ce qui est certain c'est que, en dehors de la France, le financement des cultes est le plus souvent admis et cela permet sans doute une étude plus apaisée du problème. Il existe à ce sujet assez peu d'études d'ensemble réalisées en France. Outre la thèse de F. Messner (sur le système concordataire)¹⁰, citons *a minima*, parmi les productions récentes, une étude du service de législation comparé du Sénat de 2001, qui a surtout un objet informatif et dont la grande richesse l'amènera à être ici souvent citée¹¹. Le rapport Machelon traite abondamment des questions de financement, mais comme second plan des questions institutionnelles étudiées¹². Jusqu'à présent, les études de langues françaises sur le sujet

9. Service des affaires européennes (SAE), Division des études de législation comparée (DELC), 2001, *Le financement des communautés religieuses*, N° LC 93, Sénat, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, sept. 2001 : 55 p.

10. F. Messner, 1983, *Argent, propriété et religion : le système concordataire français (1801-1983)*, Thèse Strasbourg : 924 p., et l'ouvrage qui en a été tiré : *Le financement des Églises : le système des cultes reconnus : 1801-1983*, Strasbourg, Cerdic : 259 p.

11. *Ibid.*

12. Rapport précité.

s'intéressaient surtout à la question de l'impôt d'Église¹³, impôt électif comme il est appelé en Belgique¹⁴. Une analyse d'ensemble du problème, qui plus est en droit comparé, est assez rare¹⁵. Plusieurs études juridiques d'envergure ont été menées en Allemagne depuis plusieurs années¹⁶ et il faut signaler les actes d'un colloque tenu en octobre 2004 à Namur qui a constitué une source fondamentale de réflexions¹⁷. Les conclusions des colloques tenus depuis deux ans sous la direction de F. Messner, dans le cadre du projet *Religare* sur le sujet du financement public des cultes, sont donc particulièrement attendues.

Un consensus mou

Les actes du colloque belge précité sont précieux car ils permettent, outre de porter à la connaissance du lecteur les contributions écrites des différents intervenants, de pouvoir mener une petite étude comparative sur les propos tenus lors de la table ronde¹⁸ réunissant divers représentants des partis politiques et des principales confessions présentes en Belgique, dont la libre-pensée, le moindre des paradoxes belges n'étant pas de traiter l'athéisme comme une forme de religion¹⁹. Le doyen Hugues Dumont posant clairement

13. Nous nous permettons de citer à ce propos deux de nos précédentes études : 2007, « L'«otto per mille» italien, avenir du financement des cultes en Europe? », *Ann. Dr. Religions*, n°2, PUAM: 211-226 et « Questions juridiques soulevées par l'impôt d'Église en Suisse », *Ann. Dr. Religions*, n°1, PUAM: 223-238.

14. Cf. notamment la contribution du professeur L.-L. Christians, dans l'ouvrage dirigé par J.-F. Husson et cité *infra*.

15. Il faut à ce sujet relever les deux études de J.-F. Boudet, 2006, « Quels financements publics pour les communautés religieuses? Étude de droit comparé européen », in J. Bernet, A. Bonduelle et E. Cherrier (dir.), *Laïcité et modernité, ou l'actualité d'un enjeu*, Valenciennes, P.U. Valenciennes, coll. Recherches valenciennes n°20: 161-177 et 2005, « États et religions en Europe. Perspectives financières », *RIDC* 4: 993-1013.

16. Des considérations pratiques ne nous ayant pas permis de développer plus avant l'étude de la doctrine allemande, nous mentionnons simplement, parmi des sources très riches, deux ouvrages en langue allemande sur la question du financement des cultes : H. Marrè, 2006, *Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart. Eine Darstellung der Kirchensteuer im internationalen Vergleich*, Essen, Wingen Verlag, 4e éd: 178 p. et la thèse [Tübingen, 1999] de F. Hammer, 2002, *Rechtsfragen der Kirchensteuer*, Tübingen, Mohr Siebeck, Jus ecclesiasticum, Bd.66, XXVI: 574 p.

17. J.-F. Husson (dir.), 2005, *Le financement des cultes et de la laïcité: comparaisons internationales et perspectives*, Namur, Les éditions namuroises: 272 p.

18. *Ibid.*: 245 et s.

19. D'où sans doute ce titre exotique du point de vue français: *Le financement des cultes et de la laïcité*. Nous soulignons.

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

parmi les questions de ladite table-ronde celle de la légitimité du financement, le petit échantillon d'intervenants (quatre politiques et cinq représentants de cultes ainsi que deux représentants répondant par écrit) permet une étude à la représentativité sociologique, certes limitée, mais néanmoins éclairante pour débiter nos réflexions. De façon assez caricaturale, la tendance des hommes et femmes politiques présents est d'affirmer le plus souvent la légitimité du financement en s'appuyant sur un consensus mais sans en donner les raisons. Les représentants des cultes sont plus explicites sur cette question mais les raisons avancées ne forment pas de consensus. Elles sont liées à l'ensemble des raisons identifiées par les différentes études consultées pour justifier le financement public des cultes et sont donc de nature parfois très différente : historiques, sociologiques et juridiques.

À nouveau, sans prétendre au caractère scientifiquement représentatif de cet échantillon, il paraît néanmoins pertinent de reconnaître au financement public des cultes l'approbation d'un assez large consensus en Europe, même en France où ce consensus s'exprime surtout par un silence pudique. Mais c'est d'un consensus mou qu'il s'agit : un consensus sans accord sur la(les) raison(s) de la nécessité de financer les cultes.

Il faut donc aller plus loin. Plusieurs auteurs ont référencé les différentes raisons données, à des époques et sur des logiques variées, au financement public des cultes. En reprenant notamment la liste établie, à la suite de nombreux auteurs, par M. Francis Messner²⁰, nous pouvons identifier sans ordre hiérarchique mais selon une certaine chronologie historique : la compensation de la nationalisation des biens du clergé ; l'utilité sociale des cultes que l'on peut prolonger par le financement des services publics assurés par les Églises²¹ ; la garantie pratique du droit fondamental de la liberté de conscience/liberté de religion ; la préservation de la culture nationale²² ; et enfin, la préservation du patrimoine culturel religieux²³.

20. F. Messner, « Les modes de financements des religions en Europe », in J.-F. Husson (dir.), *op. cit.* : 58 et s.

21. Mais il faut bien distinguer la théorie « napoléonienne » de l'utilité sociale des cultes – qui consiste à apprécier le rôle de la religion comme instrument du maintien de l'ordre, conception que l'on peut considérer comme dépassée – de l'utilité sociale sur le plan individuel – que nous assimilerons à la liberté de religion – ou encore de conceptions plus « modernes » centrées sur les actions sociales des Églises (actions traditionnelles réinterprétées en termes de services publics) : cf. infra.

22. Dans un sens d'« identité constitutionnelle ». Cf. infra M. Messner n'évoque pas ce fondement. Il nous a paru pertinent de le traiter spécifiquement pour les raisons précisées infra.

23. Ce qui ne doit pas être confondu avec la préservation de la culture nationale.

En étudiant cette liste, certaines de ces raisons posent des problèmes de traduction juridique : la cause « napoléonienne » du gendarme social ou encore la compensation des expropriations²⁴. Restent deux grandes catégories : l'action sociale, que nous pouvons rattacher à une logique de service public, logique juridique qui serait donc celle de l'intérêt général ; et la protection de la liberté de conscience, donc une logique des droits fondamentaux.

En rapprochant les formes de financement public des cultes et ces deux catégories de justification juridique, il apparaît que les financements spécifiques, et le plus souvent indirects, des Églises se rattachent particulièrement à la première catégorie de justifications, alors que les cas de financement global et direct de cultes reconnus comme tels se rattacheraient plus volontiers à la deuxième catégorie.

Il semble donc intéressant d'étudier la justification juridique du financement public des cultes selon ces deux angles et d'opérer la comparaison de leur pertinence. Sur ce plan, il semble difficile de soutenir des justifications éparées plus ou moins directement liées à l'objet qu'elles seraient censées renforcer alors que, dans le cadre des États de droit contemporain, le système de justification fondé sur la liberté de religion semble des plus féconds, même si, du point de vue français, il pose des problèmes techniques assez redoutables.

.....
24. Il faut bien admettre que la théorie de la compensation aurait pu être une justification éminemment juridique du financement des cultes : il s'agirait d'une sorte d'application de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme du 20 au 26 août 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Cependant, force est de constater, qu'à notre connaissance, il n'existe nulle part un système juridiquement consacré de financement ainsi justifié officiellement comme une telle compensation. Nous verrons infra que dans l'exemple belge, l'évocation – d'ailleurs controversée – de cette justification dans les débats parlementaires n'a jamais été traduite juridiquement, c'est-à-dire par un texte de droit positif, et cela est vraisemblablement volontaire.

L'impasse des systèmes de justification du financement des cultes fondés sur le rôle et l'action sociale des Églises

La théorie napoléonienne du « curé valant un gendarme » est unanimement considérée comme dépassée. Ce n'est donc pas sur ce plan que l'on traitera ici du rôle social de la religion. Le statut de personne publique accordée aux cultes dans certains pays peut sembler une justification adéquate de son financement public. Il est néanmoins impossible d'en tirer un principe juridique universel. Le statut juridique actuel des Églises dans certains pays n'est en réalité que la conséquence historique des tâches sociales qu'elles ont assumées. Quant à la version la plus « moderne » de la justification du financement public par les activités, assimilables à des services publics, assurées par les Églises, elle est en réalité proprement incompatible avec la prise en considération globale des cultes.

La désuétude de l'« utilitarisme policier » en matière de cultes

Par « utilitarisme policier » nous entendons ici l'assimilation du rôle social des Églises à une fonction de supplétif des forces armées de l'État dans le cadre du maintien de l'ordre. Tous les auteurs traitant des conceptions concordataires de Napoléon évoquent l'identification de la religion à un instrument de conservation de l'ordre public. Le curé est assimilé à un gendarme par Napoléon²⁵. B. Basdevant-Gaudemet parle de la paix religieuse « indispensable à la paix sociale » selon Bonaparte²⁶, J.-M. Leniaud (qu'elle cite) parle du concordat comme d'une « union administrative, financière et de police générale »²⁷. F. Messner, rapportant également les propos, entre autres, de Portalis, allant dans le même sens, souligne « l'obsolescence et la fragilité » de ces théories²⁸. On ne saurait mieux dire.

25. A. Thion, « Le financement public des cultes en Belgique (1780-2004) », in J.-F. Husson, *op. cit.* : 192.

26. B. Basdevant-Gaudemet, « Le régime général de la »rance », in B. Basdevant-Gaudemet et Fr. Messner (dir.), *Les origines historiques ...*, *op. cit.* : 64. Elle cite J. Tulard, selon lequel sont attribués à Napoléon les propos suivants : « dans la religion, je ne vois pas le mystère de l'Incarnation, mais celui de l'ordre social », in 1978, *Administration et Église, du Concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Paris, Droz : 12.

27. J.-M. Leniaud, 1988, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, Paris, NEL, cité par B. Basdevant-Gaudemet, *ibid.*

28. F. Messner, art. préc. : 59.

Ces théories peuvent être qualifiées de théories politiques utilitaristes de la religion. Elles furent abondamment évoquées tout au long du XIX^e siècle (y compris par les adversaires de la religion d'ailleurs)²⁹. Elles lui attribuent un certain effet social mais il est impossible de trouver ici un fondement juridique au financement public des cultes. Le caractère éminemment subjectif de ces conceptions rend absolument impossible leur traduction juridique. Plus même, de façon identique au problème posé par leur version modernisée et individualisée, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme citée par F. Messner³⁰, cette théorie est parfaitement conjoncturelle : si la religion peut être financée parce qu'elle contribue au maintien de l'ordre public, qu'en sera-t-il si elle devient au contraire facteur de troubles ? Le principe du financement public serait alors remis en cause.

Il faut chercher ailleurs un fondement juridique au financement public des cultes.

La pertinence limitée des justifications fondées sur le statut juridique des Églises

Si les Églises ne peuvent être financées parce qu'elle contribuerait au maintien de l'ordre, elles peuvent être directement assimilées à l'État par le biais de la personnalité morale.

Cette situation se rencontre en droit allemand³¹. En Allemagne, les Églises sont des personnes morales de droit public³² et bénéficient donc d'un statut

29. Pour un exemple lors des débats concernant l'adoption de la Constitution belge de 1831 après l'indépendance du pays, cf. V. de Coorebyter, « Retour sur la naissance d'un système paradoxal », in J.-F. Husson, *op. cit.* : 98.

30. Les conceptions italiennes et espagnoles actuelles de cette théorie sont reprises par la CEDH dans ses décisions Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993 et Otto Preminger Institut (OPI) c. Autriche du 20 sept. 1994 à l'occasion desquelles la Cour souligne que la religion constitue l'une des « valeurs les plus structurantes de la personnalité », F. Messner, *ibid.*

31. « C'est au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle que la notion de personnalité morale a été appliquée aux différentes formes d'organisation de l'administration. Progressivement, trois types de personnes morales de droit public se sont dégagés : les collectivités publiques, les établissements publics et les fondations de droit public. La gamme est ainsi beaucoup plus étendue qu'en droit administratif français qui ne connaît que les établissements publics. [...] Les collectivités publiques sont des groupements auxquels les intéressés appartiennent en qualité de membres et qui assurent des tâches d'administration publique avec des moyens de puissance publique sous le contrôle de l'État. », in M. Fromont et A. Rieg (dir.), 1984, *Introduction au droit allemand, tome 2 : Droit public – Droit pénal*, Paris, Cujas : 111. On y retrouve les collectivités territoriales et les établissements publics corporatifs.

32. *Ibid.* Ce statut leur est attribué par l'article 140 de la Loi fondamentale qui maintient applicable l'article 137 (al. 5) de la Constitution du 11 août 1919 (Constitution dite de Weimar) : « Les sociétés

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

les associant à l'intérêt public. M. Fromont rappelle cependant qu'elles « n'assument pas de véritables tâches d'administration publique »³³, et qu'elles « ne sont donc des collectivités publiques qu'au sens large de ce terme »³⁴. Il s'agit surtout de leur garantir « l'autonomie de gestion de leurs propres affaires et de leur permettre de lever des impôts sur la base des rôles civils d'impôts. »³⁵

Comme le souligne M. Stolleis, « aussi longtemps que les différentes fonctions de la puissance publiques étaient exercées, solidairement ou concurremment, par les pouvoirs temporel et spirituel, l'Église et le droit ecclésiastique appartenaient à la sphère du droit public. [...] C'est dans cette tradition que s'inscrit l'actuel droit des Églises nationales (Staatskirchenrecht), qui forme une composante du droit public »³⁶. Les conceptions du droit allemand s'appliquent également dans le cadre du droit local alsacien-mosellan : les cultes reconnus y sont des établissements publics³⁷.

En droit danois, le statut d'Église nationale³⁸ du culte évangélique luthérien caractérise la situation extrême où l'absence de personne morale s'explique par l'assimilation directe à l'État (et à la fonction publique pour les ministres du culte)³⁹.

Justifier le financement public des cultes par le statut de personnes publiques des cultes concernés ne saurait cependant être pertinent, car cela ne concerne qu'un nombre limité de pays et est donc inadapté dans les pays des séparations où ce financement public existe pourtant bien mais où le caractère public des cultes est rejeté. Surtout, le statut juridique des Églises dans les pays qui en font des personnes publiques n'est pas le fondement mais la résultante d'une autre considération. C'est parce qu'on reconnaît un rôle social particulier aux Églises qu'on leur accorde un statut adéquat avec le financement public qui va avec.

.....
religieuses qui étaient antérieurement des collectivités de droit public conservent ce caractère.» Sur ces questions cf. Th. Rambaud, 2004, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ : 100 s. ; Th. Rambaud, 2011, « La séparation des Églises et de l'État en Allemagne et en France : regards croisés », *Société, Droit & Religion*, n°2, Paris, CNRS éditions : 115-137.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

35. C. Autexier, 1997, Introduction au droit public allemand, Paris, PUF, coll. Droit fondamental : 201-202. Cela est précisé par l'article 137, al.6 de la Constitution de Weimar.

36. M. Stolleis, 1998, Histoire du droit public en Allemagne, Paris, PUF : 67-68.

37. J.-F. Boudet, « États et Religions en Europe », RIDC, art. précité : 1012.

38. Art. 4 de la Constitution danoise.

39. SAE, DELC, Le financement ..., rapport préc. : 27 et J.-F. Boudet, art. préc. : 1000.

Comme le montre l'exemple allemand, le statut de personne publique accordé aux Églises découle très largement de considérations historiques et des fonctions de l'autorité publique assumées par les Églises. Peut-on dès lors fonder le principe du financement public des cultes sur leurs fonctions sociales ?

Des justifications fondées sur une parcellisation des cultes et donc la négation de la spécificité du fait religieux

De façon assez caractéristique, les pays marqués par un principe de séparation des cultes et de l'État ne connaissent pas de financement public direct des Églises mais de multiples procédures de financements indirects par l'intermédiaire d'institutions rattachées à l'Église, qui assure toutefois un service public en collaboration plus ou moins étroite avec l'État. Les États-Unis d'Amérique ou le Canada en sont des exemples topiques⁴⁰. Cette analyse se retrouve également quand on étudie la situation française : en dehors des territoires concordataires, l'article 2 de la loi de 1905 n'empêche pas que des subventions publiques soient versées aux établissements privés d'enseignement sous contrat (loi Debré du 31 décembre 1959), établissements qui sont très largement confessionnels, ni que les multiples organismes de bienfaisance liés à des cultes (par exemple le Secours catholique – Caritas) donnent lieu à des dépenses fiscales, donc une sorte de subventionnement indirect⁴¹.

Si ces activités justifient un financement public des Églises, ou plus exactement des organismes qui y sont liés, il faut remarquer qu'il s'agit de fonctions historiquement assurées par les Églises (hospices religieux, Hôtel-Dieu, activités d'enseignement fondamentales dans le cadre des « Religions du livre »). À partir du moment où l'État s'est institutionnellement emparé de ces fonctions, il pourrait sembler logique qu'il se charge de les financer

40. Cf. par exemple B. Oueslati, « Le financement des cultes : les cas des États-Unis et du Canada », in J.-F. Husson, *op. cit.* : 73 et s.

41. D'une part, le contribuable bénéficiant d'une réduction de son impôt sur le revenu égale à une partie de ses dons. D'autre part, il existe plusieurs dispositions fiscales bénéficiant directement aux cultes comme l'exonération de taxes locales pour les locaux cultuels : cf. J. Gueydan, in F. Messner et alii. (dir.), 2003, *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec : 878-895 ; 2004, *Rapport public du Conseil d'État, Un siècle de laïcité*, E&D n°55, Paris, La Documentation française : 297 ; C. Bas, 2006-2007, « L'impôt foncier et les édifices du culte : les mêmes questions depuis deux siècles », *Annuaire Droit et Religion*, vol. 2, tome 1 : 283 et s. Cf. également, pour un cas un peu particulier, S. Duroy, 2012, « Des nourritures terrestres aux nourritures célestes : le bail emphytéotique administratif cultuel, avatar du bail emphytéotique rural », *R. D. publ.* : 287 et s.

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

directement sans passer par l'intermédiaires de religions. Ce serait oublier que les services publics, puisque c'est ainsi que dans le cadre d'une analyse juridique moderne il faut qualifier ces fonctions sociales, peuvent être assurés par des personnes privées, comme les établissements confessionnels en sont la démonstration évidente en France. Il faut ajouter à l'exemple de l'éducation la place et le statut juridique des aumôniers dans les services publics militaires et pénitentiaires. On soulignera également « l'utilité locale » retenue dans la jurisprudence du Conseil d'État⁴². L'exemple français n'est cependant pas le plus développé. D'après J.-F. Boudet, c'est surtout la Belgique et l'Allemagne qui fondent très largement le financement des cultes – reconnus – sur leur utilité⁴³. La condition de reconnaissance des cultes (par acte législatif) est, en Belgique, cette « utilité sociale »⁴⁴.

Une autre illustration de ce phénomène nous est fournie par la place des Églises dans la conservation de la culture nationale. Deuxième raison du financement public des cultes mis en avant par la doctrine juridique allemande évoquée par F. Messner⁴⁵, il ne s'agit ni plus ni moins que du financement de la politique culturelle de préservation du patrimoine historique. Ce service public de la culture est, on le sait, très développé dans nos démocraties modernes. Une grande part de ce patrimoine historique est détenue par les Églises et les financer permet de financer son entretien. La situation française, pour des raisons largement historiques⁴⁶, implique, pour les églises catholiques antérieures à 1905, une propriété publique. L'entretien des bâtiments

42. Cf. infra dans ce dossier la contribution de Mme le professeur E. Forey sur ces questions.

43. J.-F. Boudet, « États et religions en Europe », *RIDC*, *op. cit.* : 1003. Citant le rapport du Service de législation comparée du Sénat (2001, *op. cit.*), il souligne que « les Églises prennent donc en charge des missions que l'État n'assume pas, notamment dans les domaines social et éducatif. Elles gèrent par exemple des hôpitaux, des foyers pour handicapés, des maisons de retraite, des crèches et des écoles maternelles, ainsi que des centres assurant les consultations obligatoires préalables aux interruptions volontaires de grossesse. » (1004).

44. SAE, DELC, *Le financement...*, rapport préc. : 2-3 et 21. En l'absence de précision de la loi du 4 mars 1870 sur le temporel des cultes, qui conditionne l'accès au financement public, les réponses constantes aux questions parlementaires permettent de connaître les critères de cette « utilité sociale » : « Pour qu'un culte puisse jouir de la reconnaissance légale, il doit regrouper un nombre relativement élevé (plusieurs dizaines de milliers) d'adhérents, être structuré, être établi dans le pays depuis une assez longue période et enfin présenter un certain intérêt social. », *ibid.* : 21. Nous soulignons.

45. F. Messner, art. préc. : 59.

46. L'Église catholique ayant refusé d'appliquer la loi de 1905, elle a laissé à l'État la propriété des édifices cultuels qui relevaient de soin culte mais elle a continué à bénéficier de leur mise à disposition.

est à la charge des collectivités publiques ; il s'agit donc en pratique, compte tenu de la destination des bâtiments, d'un financement indirect du culte catholique⁴⁷. De façon plus explicite, F. Messner cite l'article 17 de l'entente entre l'État italien et la Table vaudoise du 11 août 1984⁴⁸ ainsi que les arguments culturels avancés dans les affaires bavaroises de crucifix dans les salles de classe⁴⁹. Ce phénomène de financement public des bâtiments culturels pour des raisons culturelles patrimoniales s'observe à peu près partout : Angleterre et Belgique notamment⁵⁰. En ce qui concerne la France, il faut ajouter que c'est sur ce fondement que le culte musulman a reçu historiquement ses premiers financements publics⁵¹.

Il n'est cependant pas possible de fonder un système de financement public des cultes sur ces motifs. En effet, ces financements publics, cela est évident dans le régime largement indirect observable dans les pays de séparation, sont fondés sur des critères juridiques non religieux. Par exemple, en France, les dons aux organismes de bienfaisance donnent lieu à avantage fiscal parce que leur activité est reconnue comme d'intérêt général. Ce n'est pas la dimension confessionnelle des organismes qui est rattachable à l'intérêt général mais leurs fonctions. Dès lors, le service public financé « masque » les cultes concernés. Une religion ne se définit pas directement par ses activités de bienfaisance. Elles ne constituent qu'une émanation éventuelle des croyances qui

47. Sur les édifices culturels, cf. notamment M. Flores-Lonjou, 2011, *Les lieux de culte en France*, Paris, Éd. du Cerf ; P.-H. Prêlot, « Les édifices culturels », in F. Messner *et alii* (dir.), *ibid.* : 897-915 ; A. Fornerod, 2010, « Entre cultuel et culturel : la construction de lieux de culte en France », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n°1, avril : 161-176. Pour une étude dépassant le cas français, cf. les actes du colloque de Strasbourg de 2002 : M. Flores-Lonjou et F. Messner (dir.), 2007, *Les lieux de culte en France et en Europe. Statuts, pratiques, fonctions*, Louvain, Peeters, coll. Law and Religion Studies 3 : 308 p.

48. « La République italienne et la Table vaudoise s'engagent à collaborer pour la sauvegarde et la mise en valeur des biens culturels appartenant au patrimoine historique moral et matériel des églises représentées par la Table vaudoise, en instituant à cette fin des commissions mixtes spéciales. Ces commissions ont entre autres tâches l'établissement et la mise à jour de l'inventaire des biens culturels mentionnés ci-dessus. » *Ibid.* Nous soulignons. Cette conception pourrait, à l'extrême, être étendue à une assimilation des cultes eux-mêmes à un élément du patrimoine culturel et justifier ainsi son financement public.

49. F. Messner, *op. cit.* : 60.

50. Cf. J.-F. Boudet, art. précité : 1005 et SAE, SELC, *Le financement...*, Sénat, rapport préc. : respectivement 17 et 23.

51. Cf. Réponse ministérielle à J. Amelin, *JORF*, 29 nov. 1994 : 1902 et les explications historiques de J.-F. Boudet à propos du financement partiellement public de la Grande Mosquée de Paris, *op. cit.* : 996-997. Pour une étude actuelle, cf. E. Forey, 2001, « Du cultuel au culturel : vers une remise en cause du principe de séparation de 1905 ? », in J. Baudoin et P. Potier (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ? Contestations et renégociations du modèle français de laïcité*, Rennes, PUR : 286 et s.

les fondent. Dès lors, il ne s'agit pas à proprement parlé de financement public des cultes. Cela ne peut donc constituer un fondement pertinent.

Il faut donc se tourner vers les autres motifs de financement et spécialement vers les questions de protection des libertés.

La seule voie praticable : la protection des libertés publiques

Les justifications du financement public des cultes liées aux droits et libertés fondamentaux peuvent être réparties en deux catégories majeures et une mineure : les justifications fondées sur les droits des Églises et celles fondées sur les droits individuels, d'une part et les justifications fondées sur une sorte d'« identité nationale », d'autre part. Nous considérons que la première catégorie fournit des justifications dépassées car inadaptées alors que la seconde constituerait selon nous, à la suite de nombreux auteurs, un ciment beaucoup plus solide à un système de financement public des cultes. Il faut entre les deux traiter de cette troisième catégorie de justifications fondée sur une sorte de « droit collectif » de la nation. Cette catégorie présente plusieurs défauts qui expliquent la difficulté de la retenir.

Le caractère dépassé de la protection des droits des Églises elle-même

Historiquement, c'est d'abord l'Église, et plus exactement l'Église catholique, elle-même qui a invoqué la protection des droits comme justification de son financement public. Tous les auteurs soulignent le caractère largement historique des justifications du financement des cultes comme système de compensation pour « spoliation ». Cette justification est largement circonstancielle et ne concernait que les territoires sous influence française au moment des nationalisations de biens religieux puis d'instauration du concordat napoléonien. Une telle approche, malgré sa traduction juridique évidente, ne concerne ni les pays ayant procédé à des actes équivalents antérieurement (l'Autriche josphiste) ou postérieurement (l'Italie du Risorgimento), ni les pays où la séparation de l'État et des cultes s'est déroulée de manière plus apaisée, ni pour les cultes dont les biens ne furent pas nationalisés⁵². Ils ne

.....
52. F. Messner cite ainsi les Églises territoriales luthériennes d'Alsace, *ibid.* : 59.

pourraient alors pas disposer d'un principe juridique fondant leur système de financement des cultes.

Mais surtout, cet argument a un caractère tout à fait réducteur : seules les Églises nationales ou majoritaires peuvent avoir été concernées par de tels événements. Les problèmes liés à une pratique religieuse multiple dans les sociétés occidentales ne sauraient se résoudre par des principes juridiques présupposant dans la liberté de religion les droits d'un seul culte (ce qui est, on le sait, antinomique puisque la liberté de conscience est justifiée elle-même par le droit de pratiquer la religion que l'on souhaite). Ce qui vaut pour la seule Église catholique ne peut servir à justifier un système de financement plus généralisé⁵³.

Ce problème de réductionnisme dans le critère juridique du financement public des cultes se retrouve dans une autre justification possible.

Un fondement difficilement lié à la protection d'une culture nationale

Il peut sembler surprenant de traiter de « culture nationale » à propos de la question du financement des cultes, notamment dans le sens qui va lui être donné ci-après. Il ne s'agit pourtant pas d'une confusion avec les questions culturelles évoquées supra⁵⁴. Si la « culture nationale » est ici spécifiquement identifiée, c'est parce qu'il nous a semblé utile d'approfondir l'étude de la notion d'identité constitutionnelle de la France née dans un contexte tout à fait différent de notre sujet (la construction européenne) mais pas sans rapport⁵⁵. Qui plus est, l'existence de pays historiquement ou actuellement encore marqués, au plus haut niveau juridique, par la présence d'une Église nationale, fournit un cadre d'analyse évident pour les rapides commentaires qui vont suivre.

Il est possible qu'un pays, dans sa constitution même, attribue une place particulière à une religion. Si le problème ne se pose plus pour les États où ces Églises nationales ont été séparées dans un processus de sécularisation (Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède notamment), il reste d'une

53. Outre l'article largement précité de F. Messner, cf. sur ce point, M. Snoeck, « Financer les communautés philosophiques ? Pourquoi ? Pour qui ? Comment ? », in J.-F. Husson, *op. cit.* : 201-202.

54. F. Messner parle bien de « culture nationale », *ibid.* : 59, mais c'est dans le sens de patrimoine culturel national : cf. supra.

55. Cf. supra les notes de notre introduction à ce dossier. La question a été par exemple soulevée à un niveau européen lors de l'élaboration du traité constitutionnel. Sur la problématique générale cf. F. Foret et V. Riva, « France et Belgique face à l'héritage chrétien de l'Europe : stratégies politiques et renégociations des identités nationales », in F. Foret (dir.), *op. cit.* : 179-194.

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

actualité brûlante dans de nombreux pays en dehors de l'Europe mais aussi en Grèce⁵⁶, ou encore, mais à une moindre échelle, au Danemark. Ces pays sont à l'heure actuelle bien isolés mais il n'en fut pas toujours ainsi⁵⁷. L'Église nationale du Danemark est sans doute un exemple encore plus fort avec un statut constitutionnel non pas de « religion dominante » comme en Grèce mais d'« Église nationale »⁵⁸. À l'opposé, la France est constitutionnellement caractérisée comme une République laïque (art. 1^{er} de sa Constitution)⁵⁹, avec cependant moins de clarté sur les implications de cet adjectif.

Dans un pays où la religion est une composante fondamentale de son identité constitutionnelle, le financement public des cultes, ou plutôt d'un culte, est une évidence juridique : les subventions permettent de maintenir un élément indispensable de l'État. Là encore, le cas danois constitue un exemple évident : le Service de législation comparée du Sénat, repris en cela par J.-F. Boudet⁶⁰, désigne l'Église nationale comme un « fort élément d'identité nationale » danoise⁶¹. À l'inverse, un État qui se définirait comme laïc pose le principe de l'interdiction des financements des cultes.

56. Il suffit de lire l'article 3 de sa constitution : « 1. La religion dominante en Grèce est celle de l'Église Orthodoxe Orientale du Christ. L'Église Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour Chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la Grande Église de Constantinople et à toute autre Église chrétienne du même dogme, observant immuablement, comme celles-ci, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions. Elle est autocéphale et administrée par le Saint-Synode, qui est composé des Évêques en fonction, et par le Saint-Synode Permanent qui, émanant de celui-ci, est constitué comme il est prescrit par la Charte Statutaire de l'Église, les dispositions du Tome Patriarcal du 29 juin 1850 et de l'Acte Synodique du 4 septembre 1928 étant observées. [...] 3. Le texte des Saintes Écritures reste inaltérable. Sa traduction officielle en une autre forme de langage sans l'approbation de l'Église Autocéphale de Grèce et de la Grande Église du Christ à Constantinople est interdite. »

57. Il y a un siècle, les manuels de droit public accordait à ces questions une place qui nous semble bien surprenante : cf. par exemple Buntschli, 1881, *Le droit public général*, Paris, Guillaumin : 258. À l'heure actuelle J. Gaudemet faisait le constat de « l'élimination progressive de la notion d'une religion d'État », op cit. : 245.

58. Cf. *supra*.

59. Il faut également remarquer que cette approche est consacrée par la CEDH qui considère que « la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école », citée par G. Gonzalez, in F. Sudre (dir.), 2009, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (2008) », *R. D. publ.* : 893 et s.

60. *Op. cit.* : 1000.

61. SAE, SELC, *Le financement des communautés religieuses*, Sénat, rapport précité.

Le projet présidentiel français actuel de constitutionnaliser la loi de 1905⁶² peut permettre d'ouvrir le débat. Une constitutionnalisation «à droit constant» rendrait les nombreux cas de financement indirect beaucoup plus délicats à justifier juridiquement parlant. Inversement, si le constituant souhaite ménager des possibilités de financement des cultes (comme l'a exprimé récemment le ministre de l'intérieur et des cultes à la communauté musulmane⁶³), l'actuel article 2 de la loi de 1905 ne peut être retenu tel quel et un débat d'ampleur doit être mené pour résoudre ce problème.

Pour revenir au problème général, une disposition constitutionnelle visant un «culte national» semble potentiellement constituer un fondement juridique bien commode, mais là encore son caractère non universel rend impossible son application à d'autres cultes que celui visé et on imagine mal une constitution visant tous les cultes pratiqués sur le territoire de son État. Si c'est justement le cas, c'est parce qu'elle se base sur le fondement de la liberté individuelle de chacun de pratiquer la religion de son choix.

62. Proposition n°46 du programme présidentiel de F. Hollande. Les lecteurs de *Société, Droit & Religion* auront remarqué que lors d'une précédente intervention à Strasbourg pour la table ronde «Actualité du droit français des religions» le 28 mars 2008 (cf. *Société, Droit & Religion*, n°1, Paris, CNRS éditions: 13-28), l'élection d'un nouveau président et le poste éminent confié à sa conseillère chargée des questions religieuses nous avaient laissé espérer l'ouverture d'un débat sur les questions qui nous occupent aujourd'hui. Il n'en a rien été. Les projets du nouveau président pourraient tout aussi bien ne pas transformer radicalement le droit existant, surtout si la révision constitutionnelle projetée se contente de consacrer «dos-à-dos», si l'on peut dire, la loi de 1905 et le particularisme concordataire alsacien-mosellan. Qu'en serait-il d'ailleurs de la Guyane? En somme, une telle révision «sèche» ne ferait que laisser subsister à un niveau normatif supérieur les problèmes actuels. Cela a suscité nombre de critiques de la part de défenseurs de la loi de 1905 désireux d'une remise en cause du statut concordataire de l'Alsace-Moselle, comme H. Pena-Ruiz ou Jean Baubérot: cf. «Hollande, 1905 et concordat: quelle laïcité pour le candidat socialiste? », sur le blog du journal Le Monde animé par S. le Bars, 29 janv. 2012: <http://religion.blog.lemonde.fr/2012/01/27/hollande-1905-et-concordat-quelle-laicite-pour-le-candidat-socialiste/>.

63. « Il est temps que l'islam de France prenne ses responsabilités et s'organise pour traiter avec l'État les vrais problèmes. Mon horizon est clair: je veux des aumôniers français, des imams français, des financements français. La République tend la main. C'est à l'islam d'aller avec confiance vers la République. », (nous soulignons) M. Valls lors de l'inauguration de la grande mosquée de Strasbourg, jeudi 27 septembre 2012, cité in S. Le Bars, «La "main tendue" et les mises en garde de Manuel Valls aux musulmans française, *Le Monde*, 28 sept. 2012: 12. Il est certes possible de remarquer que ce discours a été tenu en terre concordataire d'Alsace mais il est difficile d'imaginer le constituant assurant et réservant le problème du financement public des cultes aux territoires alsacien-mosellan et guyanais. La constitutionnalisation de la loi de 1905 posera de toute façon le problème du maintien des territoires à statut spécifique, bien qu'un *statu quo* semble plus ou moins annoncé. Mais, comme souligné dans la note précédente, cela pose le problème de la rédaction d'un principe constitutionnel assorti immédiatement des exceptions territoriales actuelles.

Un fondement plus logiquement lié à la protection universelle des libertés individuelles

Parmi tous les motifs juridiques possibles pour justifier le financement public des cultes, la mise en œuvre d'un droit fondamental, sa garantie matérielle en somme, reste des plus séduisants intellectuellement et demeure le plus riche de perspectives pour la structuration d'un système cohérent.

D'un point de vue de technique juridique, il est aisé d'identifier ici un couple « droit subjectif » assorti d'un « droit-créance » entre les principes de la liberté de conscience/liberté de religion et l'aspect plus matériel du financement public des cultes. La doctrine allemande reprise par F. Messner souligne ainsi qu'il s'agit ici de « réalisation effective des droits fondamentaux »⁶⁴. Selon le doyen Dumont, « l'argument est classique dans le domaine des droits de l'homme. Qu'est-ce qu'une liberté ? Qu'est-ce qu'un droit fondamental, si cette liberté-franchise n'est pas accompagnée par un droit-créance, le droit à obtenir un certain nombre de moyens pour rendre l'exercice de la liberté effectif ? »⁶⁵.

Face à ceux qui avanceraient une conception de la laïcité compatible avec une absence de financement comme la garantie « négative » de la liberté religieuse (garantie par abstention de l'État dans les affaires religieuses), il est possible de sérieusement se demander si la « conception française de la laïcité, respectueuse de la liberté religieuse, expression de la liberté de conscience » (L. Jospin⁶⁶) peut être conçue de façon aussi restrictive⁶⁷. Historiquement, ce serait très contestable⁶⁸. En droit positif, l'absence de financements publics en

64. F. Messner, « Les modes de financement... », *op. cit.* : 59. Le doyen Dumont traduit ces propos en considérant « qu'au fond un minimum de financement public, comme en France, s'impose partout parce que sinon la liberté de conscience et la liberté de culte seraient formelles », propos tenus lors de la table-ronde, in J.-F. Husson (dir.), *op. cit.* : 251.

65. *Ibid.* M. Snoeck va dans le même sens, art. précité : 204.

66. L. Jospin, *Discours d'accueil du pape Jean-Paul II*, Orly, 24 août 1997, cité in J. Gaudemet, *op. cit.* : 244.

67. Le professeur Malaurie voit, malgré tout, dans le système français un « équilibre mesuré et évolutif entre les droits de l'État et ceux des religions », cf. sa conférence sur « L'État et la religion (Le centenaire de la loi de 1905) », *Deffrénois*, 2005 : 572 et s.

68. « Si la Séparation met fin au financement public des cultes, l'article 2 n'interdit pas toute forme de relation financière entre l'État et les religions. Le soutien à l'organisation des Églises, à l'exercice public et quotidien du culte est certes prohibé, mais Briand et le ministre des cultes précisent que peuvent être admises les rétributions ponctuelles versées par une personne publique en échange d'un service rendu par un ministre du culte, pour un acte dépendant de son ministère. », J.-F. Amedro, 2011, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État, Un exemple des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration*, Thèse Paris II, dir. J.-J. Bienvenu : 322. Il cite en références les *Annales de la Ch. des députés*, 1905, tome II : 1751 (Séance du 13 avril 1905) ; A. Briand, 1905, *La séparation des Églises et de l'État. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés*, Paris.

France, comme aux États-Unis d'Amérique ou au Canada, pays de séparation, se limite aux financements publics directs. La laïcité est donc d'évidence compatible avec le financement des cultes. Comment le justifier autrement que par la protection de la « liberté religieuse, expression de la liberté de conscience » ? Il est certes possible de reprendre l'argument selon lequel ce ne sont pas les cultes eux-mêmes qui sont subventionnés mais leurs émanations éducatives ou sociales. C'est oublier les dépenses fiscales liées aux dons vers les associations culturelles. Cette subvention par absence de prélèvement d'impôt ne se justifie que par l'intérêt général reconnu aux congrégations qui reçoivent les dons ouvrant droit à cette déduction de l'impôt sur le revenu. Comme le soulignait le Rapport public du Conseil d'État, « les congrégations légalement reconnues ont été assimilées aux associations reconnues d'utilité publique par l'administration fiscale »⁶⁹. Plus encore, comment justifier juridiquement l'exonération de taxes locales des édifices culturels ? Ce serait reconnaître que la pratique du culte, à laquelle ils sont destinés⁷⁰, constitue en elle-même un intérêt général⁷¹, par exemple culturel. Tous les édifices culturels ne présentent pourtant pas l'intérêt artistique patrimonial de Notre-Dame de Paris ou Saint-Jean de Lyon !

Plus encore, il n'est pas surprenant que la Belgique présente le cas peut-être le plus stimulant pour la réflexion sur ce sujet. L'exemple de la rédaction de la première Constitution belge montre qu'un principe fondamental de liberté des cultes conçu comme une séparation institutionnelle radicale⁷² entre l'État et les cultes (dans une double optique de protection de l'État des interventions religieuses et de protection des cultes de celles de l'État) est compatible, paradoxalement, avec le financement public institutionnel des religions, ou « communautés philosophiques » puisque les athées, ou libres-penseurs, bénéficient de ce régime depuis 1993. Présentée comme le fruit du compromis entre libéraux et catholiques, cette Constitution de 1831 a été adoptée par consensus aussi bien sur le principe libéral de séparation (les catholiques cherchant à se prémunir des interventions gouvernementales notamment sur

69. Rapport public 2004, *ibid.*

70. Ce régime fiscal y est d'ailleurs étroitement lié. Il est conditionné par l'ouverture publique du lieu de culte : cf. notamment C. Bas, *op. cit.*

71. Comparer : « Ce qui a une valeur directe du point de vue de l'intérêt public, ce sont les actes du culte qui se font dans ces bâtiments », O. Mayer, 1905, *Le droit administratif allemand, Tome III Partie spéciale (Le droit public des choses, expropriation, domaine public)*, Paris, Giard et Brière : 123.

72. R. Torfs parle d'« indépendance mutuelle » plutôt que de « séparation totale » : Église, État et laïcité en Belgique. Remarques introductives, in J.-F. Husson (dir.), *op. cit.* : 16. Il voit dans le système belge une « neutralité active » de la politique étatique religieuse : *ibid.* : 16-17.

II^e partie : la justification juridique du financement public des cultes

les nominations) que sur celui du subventionnement public. Sa justification comme indemnisation étant minoritaire, c'est à l'évidence sur une question de garantie des libertés religieuses que le financement a été adopté⁷³. Il ne s'agit donc pas d'un consensus comme accord d'échange au cours duquel les libéraux auraient accepté de renoncer à l'absence de financement public.

Sur le plan pratique, fonder ainsi un système de financement des cultes permet de mettre en œuvre plus logiquement les autres grands principes juridiques. Dans une optique de préservation des libertés religieuses, il est indispensable d'appliquer égalité et non-discrimination⁷⁴. L'égalité étant juridiquement conçue, notamment dans l'ordre interne français, comme relative, c'est-à-dire comme justifiant de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, elle pourrait fonder une politique de subventionnement différencié des cultes notamment de manière à réduire le problème des lieux de cultes musulmans⁷⁵. Surtout, toutes les Églises sont concernées mais sous réserve d'accord parlementaire : pour être qualifiée de religion, encore faut-il être reconnue comme telle. N'importe quelle association ne peut pas, en s'autoproclamant religion, accéder aux financements publics. L'« utilité sociale » visée en droit belge réapparaît ici – mais sur un plan purement technique, et non comme fondement – comme critère possible pour obtenir un financement. Après tout, une religion confidentielle n'a pas besoin de moyens matériels importants, à l'inverse des cultes réunissant de nombreux fidèles présents depuis longtemps sur le territoire national⁷⁶.

**

73. Les conceptions catholiques, notamment de Méan cardinal-primat de Malines et de toute l'école catholique-sociale de Maline, en attestent. Cf. sur ces aspects R. Torfs, « La Belgique et le Luxembourg », in B. Basdevant-Gaudelmet et F. Messner (dir.), *op. cit.* : 105-108 ; J.-P. Delville, « Le financement des cultes en Belgique : approche historique », in J.-F. Husson (dir.), *op. cit.* : notamment 83 et V. de Coorebyter, art. précité : notamment 98-99. Les libéraux opposés à ces conceptions étaient minoritaires.

74. Cf. M. Snoeck, art. précité : 209 et s.

75. Sur cette question, cf. notamment C. Torrekens, « Intégrer l'islam dans l'espace public des anciennes sociétés d'immigration : neutralité, laïcité et conflits en France et en Belgique », in Foret (dir.), *op. cit.* : 121-136 ; et plus largement L. Delsenne, 2005, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *R. D. publ.* : 427 s. ; P. Côté et T. J. Gunn (dir.), 2006, *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérences de l'État ?*, Bruxelles, Bern, Berlin, Francfort, New York, Oxford, Vienne, Peter Lang : 398 p. avec notamment une contribution de F. Fregosi sur le fait islamique.

76. Cf. les critères belges d'application de la loi du 4 mars 1870 cités supra.

Il faut remarquer *in fine* à propos du cas français que la protection du droit de religion rend aléatoire l'adoption en France d'une version radicale de la loi de 1905 (avec l'interdiction absolue du tout financement public direct et indirect) à un niveau constitutionnel. Cela poserait à n'en pas douter des problèmes pour la France vis-à-vis de ses engagements internationaux (Convention européenne des droits de l'homme notamment). Les dénoncer serait un préalable indispensable. Souhaitons que cette question suscite un large débat et, pourquoi pas, l'adoption de quelques principes clairs.

III^e partie : le régime français du financement public des cultes

L'interdiction de financer les cultes dans la jurisprudence administrative

Elsa FOREY

*Professeur de droit public à l'Université de Franche-Comté
Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté
(CRJFC)*

La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État est-elle encore adaptée aux besoins de la société actuelle? La question revient de façon récurrente dans l'actualité politique et juridictionnelle. On peut d'ailleurs se demander si la 46^e proposition « Défendre et promouvoir la laïcité » du candidat du Parti socialiste aux élections présidentielles du mois de mai 2012 n'est pas une réponse à la multiplication des affaires contentieuses sur le financement des cultes¹. Depuis quelques années (en particulier depuis le centenaire de la loi de 1905), une réflexion de grande ampleur s'est engagée sur le principe de laïcité et la séparation des Églises et de l'État, en témoigne le nombre de rapports officiels et d'études universitaires². Plusieurs orientations s'en dégagent, allant de la modification de la loi de 1905 pour permettre

1. « Je proposerai d'inscrire les principes fondamentaux de la loi de 1905 sur la laïcité dans la Constitution en insérant, à l'article 1er, un deuxième alinéa ainsi rédigé : 'La République assure la liberté de conscience, garantit le libre exercice des cultes et respecte la séparation des Églises et de l'État, conformément au titre premier de la loi de 1905, sous réserve des règles particulières applicables en Alsace et Moselle'. »

2. Pour les rapports : Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, rapport au président de la République, décembre 2003 ; Conseil d'État, 2004 *Un siècle de laïcité*, La Documentation française ; *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, sous la direction de J.-P. Machelon, rapport remis au ministère de l'Intérieur en septembre 2006. Les travaux universitaires sont si nombreux que l'on se limitera à en citer quelques-uns qui se concentrent sur la question du financement des cultes : J.M. Woehrling, 2006, « L'interdiction pour l'État de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui? », *RDP* : 1633 ; J. Morange, 2005, « Peut-on réviser la loi de 1905 », *RFDA* : 152 ; Y.-Ch. Zarka, 2005, *Faut-il réviser la loi de 1905?*, Paris, PUF ; H. Pena-Ruiz, 2003, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Paris, Gallimard.

le financement des cultes par les collectivités publiques jusqu'à la constitutionnalisation du titre 1^{er} de la loi de 1905, lequel contient, outre la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, les règles de non financement et de non reconnaissance des cultes³. Entre ces deux extrémités, le Conseil d'État propose, dans sa jurisprudence la plus récente⁴, une interprétation de la loi de 1905 jugée libérale par beaucoup et qui se veut en cela fidèle à l'esprit de la jurisprudence constante du juge administratif depuis 1905. Le rappel de la règle de non financement public des cultes s'accompagne ainsi d'une interprétation de la loi de séparation des Églises et de l'État favorable aux cultes. Dès lors que le juge, en tant qu'interprète de la loi, donne « le ton »⁵, l'examen de la jurisprudence permet de faire le point sur ce que les personnes publiques peuvent ou non financer. Dans ses arrêts du 19 juillet 2011, la haute juridiction administrative réaffirme chaque fois qu'« il résulte des dispositions [...] de la loi du 9 décembre 1905 que les collectivités publiques peuvent seulement financer les dépenses d'entretien et de conservation des édifices servant à l'exercice public d'un culte, dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de la séparation des Églises et de l'État, ou accorder des concours aux associations cultuelles pour des travaux de réparation d'édifices cultuels et qu'il leur est interdit d'apporter une aide à l'exercice d'un culte ». En dehors des articles 13 et 19 auxquels renvoie ce considérant, l'article 2 de la loi de 1905 dispose en effet : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes » et

3. Cette proposition met en exergue le lien entre laïcité et séparation des Églises et de l'État, lequel a été remis en cause explicitement par le Conseil d'État dans un arrêt du 16 mars 2005, *Ministre de l'outre-mer c/ gouvernement de la Polynésie française*, req. n° 265560, rec. p. 168 : « Considérant, d'une part, que le principe constitutionnel de laïcité qui s'applique en Polynésie française et implique neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République et traitement égal des différents cultes, n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes. » Voir aussi CE, 19 juillet 2011, *Fédération de la Libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, req. n°308817 : « Considérant, en premier lieu, que la cour n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que le principe constitutionnel de laïcité n'interdisait pas, par lui-même, l'octroi, "dans l'intérêt général et dans les conditions prévues par les lois", de subventions au bénéfice d'organismes ayant des activités cultuelles. »

4. Notamment CE, 19 juillet 2011, req. n°308544, req. n°308817, req. 309161 ; req. n°313518 ; req. n°320796, conclusions E. Geffray, *RFDA* 2011 : 967 ; X. Domino et A. Bretonneau, 2011, « Le sacré et le local », *AJDA* : 1667.

5. Selon une expression de P. Avril, 1993, « Les conventions de la Constitution », *RFDC* : 329.

l'article 19, hormis les sommes allouées pour réparation aux édifices affectés au culte, prévoit que les associations culturelles « ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements et des communes ». Le commentaire officiel que l'on trouve sur le site du Conseil d'État à propos des arrêts du 19 juillet 2011 est dénué d'ambiguïté : « À l'occasion de l'examen de ces affaires, le Conseil d'État a rappelé qu'en vertu de ces dispositions, les collectivités peuvent financer l'entretien et la conservation des édifices culturels dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de la séparation des Églises et de l'État et accorder des concours aux associations culturelles pour des travaux de réparation. Il leur est, en revanche, interdit d'apporter une aide à l'exercice d'un culte. »

La règle paraîtrait simple si elle n'était entourée des subtilités par lesquelles le juge administratif justifie, dans ses cinq arrêts le financement par les collectivités publiques. Comme le souligne le commentaire précité du Conseil d'État, « deux enseignements se dégagent ainsi des décisions du Conseil d'État. Si la loi de 1905 interdit toute aide à l'exercice d'un culte, elle prévoit des dérogations ou doit être articulée avec d'autres législations qui y dérogent ou y apportent des tempéraments. Si les collectivités peuvent prendre des décisions ou financer des projets en rapport avec des édifices ou des pratiques culturels, elles ne peuvent le faire qu'à condition de répondre à un intérêt public local, de respecter le principe de neutralité à l'égard des cultes et d'égalité, et d'exclure toute libéralité et donc toute aide à un culte ». La règle d'interdiction est donc tantôt assouplie lorsqu'un intérêt public local est en jeu, tantôt articulée avec d'autres dispositions législatives.

Un simple assouplissement de la règle d'interdiction de subventionner les cultes ?

L'intérêt public local est une condition indispensable de la légalité d'une subvention mais elle n'est pas suffisante. Le juge administratif a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises : l'intérêt communal ne saurait légalement permettre d'enfreindre les règles posées par le législateur⁶. Or, on l'a vu, la loi

6. Sur cette question, *Jurisclasser collectivités territoriales*, Fasc. 652. Voir aussi à propos d'une subvention finançant la mise en place de structures nécessaires à la messe papale à l'occasion du baptême de Clovis : TA de Châlons-en-Champagne, 18 juin 1996, *RFDA*, 1996 : 1020 avec les conclusions de D. Warin : 1012.

de 1905 interdit les subventions aux cultes. Il reste à savoir si une collectivité publique peut financer un projet (une activité, un bien mobilier ou immobilier, une manifestation, etc.) dont les dimensions ne seraient pas seulement éducatives, culturelles et sociales mais aussi cultuelles. La haute juridiction administrative apporte sur ce point une réponse novatrice dans ses arrêts du 19 juillet 2011 tout en rappelant les règles de la loi de 1905. Mais il y a plus audacieux encore dans cette jurisprudence puisque l'intérêt public local va jusqu'à justifier le financement d'un équipement permettant le libre exercice du culte dans l'une des affaires.

L'intérêt public local mobilisé à l'appui du financement des projets mixtes

Plusieurs affaires ont en commun le financement d'un projet qui n'est « pas exclusivement cultuel ». Dans la première (CE, ass., 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, req. n° 308544), étaient en cause plusieurs délibérations du conseil municipal décidant de procéder à l'acquisition et à la restauration d'un orgue dans l'église de la commune. La commune faisait valoir qu'elle avait acquis l'orgue aux fins de développer l'enseignement artistique et d'organiser des manifestations culturelles. C'est « la nature » de l'équipement non affecté à un usage « exclusivement » cultuel qui retient l'attention du juge. Dans la seconde affaire (CE, ass., 19 juillet 2011, fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, req. n° 308817), était contestée une subvention du conseil municipal de Lyon à la fondation Fourvière afin de contribuer à la réalisation d'un ascenseur destiné à faciliter l'accès des personnes à mobilité réduite à la basilique dont la fondation est propriétaire. Était donc en cause la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement qui, tout en ne faisant pas « en tant que tel » l'objet d'un usage cultuel, est « en rapport avec » l'édifice du culte, pour reprendre les termes du rapporteur public. D'autres affaires concernant des projets « mixtes » ont été jugées depuis, dans le même sens que les arrêts du 19 juillet 2011. Dans un arrêt du 3 octobre 2011, c'est le caractère mixte de l'église Saint-Pierre de Firminy, dont les deux-tiers du bâtiment doivent être affectés à des activités culturelles tandis que le reste est destiné à l'exercice du culte, qui justifie la subvention de la communauté d'agglomération « Saint-Étienne métropole »⁷. Cette jurisprudence a été élargie plus récemment aux manifestations organisées par une association non cultuelle mais ayant des activités reli-

7. CE, 3 octobre 2011, Communauté d'agglomération Saint-Étienne métropole, req. n°326460, *AI Collectivités territoriales* 2012 : 264, note E. Péchillon.

gieuses parmi d'autres⁸. Elle vient rompre avec la jurisprudence antérieure qui condamnait la pratique des projets mixtes encouragée par les pouvoirs publics dans les années 1980⁹. Ainsi, dans un arrêt du 9 octobre 1992, le Conseil d'État avait confirmé l'illégalité d'une délibération par laquelle le conseil municipal de Saint-Louis de la Réunion avait attribué une subvention à une association mixte, n'ayant pas pour seul objet l'exercice du culte hindou mais aussi des activités culturelles, jugeant que « si cette association qui se consacre également à des activités de caractère social et culturel ne peut bénéficier du régime prévu par le titre IV de la loi du 9 décembre 1905 en faveur des associations dont l'exercice du culte est l'objet exclusif, elle ne peut, du fait des activités culturelles [...], recevoir de subventions publiques qui constitueraient des subventions à un culte, interdites par l'article 2 précité de la loi »¹⁰. Le Conseil d'État revient donc sur cette jurisprudence en jugeant la subvention légale dès lors qu'elle n'est pas affectée à l'exercice du culte, ce qui laisse penser que le fléchage de la subvention est possible et qu'il s'impose à la collectivité qui finance. Ainsi, par exemple, dans le cas des rencontres internationales pour la paix organisée par la communauté Sant'Egidio à Lyon, il est jugé « qu'elles (les collectivités territoriales) ne peuvent accorder une subvention à une association qui, sans constituer une association culturelle au sens du titre IV de la même loi, a des activités culturelles, qu'en vue de la réalisation d'un projet, d'une manifestation ou d'une activité qui ne présente pas un caractère culturel et n'est pas destiné au culte et à la condition, en premier lieu, que ce projet, cette manifestation ou cette activité présente un intérêt public local et, en second lieu, que soit garanti, *notamment*

8. CE, 4 mai 2012, Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône, req. n°336462, n°336464 et n°336465 : légalité des subventions accordée à la Communauté Sant'Egidio France, organisatrice d'une rencontre internationale pour la paix prenant la forme de conférences et tables rondes. En revanche, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt plus récent, que méconnaissaient les dispositions de l'article 2 les subventions accordées par la région Limousin à deux communes et diverses associations pour l'organisation des manifestations liées aux ostensions septennales. Il a jugé que ces cérémonies (qui consistent en la présentation par les membres du clergé de reliques de saints honorés dans la région et se concluent par des eucharisties) « revêtent en elles-mêmes, un caractère cultuel, alors même, d'une part, qu'elles ont acquis un caractère traditionnel et populaire, qu'elles attirent la population locale ainsi que de nombreux touristes curieux, et qu'elles ont dès lors aussi un intérêt culturel et économique, et, d'autre part, qu'en marge des processions elles-mêmes sont organisées des manifestations à caractère culturel ou historique, telles que des concerts, des expositions, des conférences ou des visites de musées » (CE, 15 février 2013, req. n°347049).

9. Voir notamment réponse du ministre de l'Intérieur à question écrite, 9 août 1984, citée par B. Basdevant-Gaudemet, 1996, « Le statut de l'Islam en France », RDP : 369.

10. CE, 9 octobre 1992, Commune de Saint-Louis de la Réunion, req. n°94455, *rec.* ; 358.

*par voie contractuelle*¹¹, que la subvention est exclusivement affectée au financement de ce projet, de cette manifestation ou de cette activité et n'est pas utilisée pour financer les activités culturelles de l'association»¹². À cet égard, la haute juridiction invite les juges du fond à rechercher si les subventions décidées par une collectivité excèdent le montant des crédits nécessaires à la partie culturelle du projet financé. C'est ainsi que dans le cas de la réalisation de l'église Saint-Pierre de Firminy Vert, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, qui avait jugé la délibération illégale au motif que l'édifice ne présentait pas «un caractère exclusivement culturel», est annulé, le Conseil d'État considérant «qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le financement décidé par la communauté d'agglomération excédait le montant des crédits nécessaires aux travaux afférents à la seule partie à vocation culturelle de l'édifice, non destinée à l'activité culturelle, la cour a méconnu les dispositions de l'article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales et de la loi du 9 décembre 1905 et commis une erreur de droit»¹³. Les collectivités publiques sont donc invitées, comme le souligne V. Grillet-Carabajal, à «satisfaire à un principe général de 'traçabilité' et ce, dès la phase de l'instruction des demandes de financement jusqu'à l'exécution définitive des subventions allouées dans ce cadre»¹⁴. De même, dans l'affaire de Fourvière, il est admis que «ces dispositions (celles de la loi de 1905) ne font pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale finance des travaux qui ne sont pas des travaux d'entretien et de conservation d'un édifice servant à l'exercice d'un culte, soit en les prenant en tout ou partie en charge en qualité de propriétaire de l'édifice, soit en accordant une subvention lorsque l'édifice n'est pas sa propriété, en vue de la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement en rapport avec cet édifice, à condition, en premier lieu, que cet équipement ou cet aménagement présente un intérêt public local, lié notamment à l'importance de l'édifice pour le rayonnement culturel ou le développement touristique et économique de son territoire et qu'il ne soit pas destiné à l'exercice du culte et, en second lieu, lorsque que la collectivité territoriale accorde une subvention pour le financement des travaux, que soit garanti, *notamment par voie contractuelle*¹⁵, que cette participation n'est pas versée à une association

.....
11. Nous soulignons.

12. CE, 4 mai 2012, Fédération de la Libre pensée et d'action sociale du Rhône, req. n°336462, n°336464 et n°336465.

13. CE, 3 octobre 2011, Communauté d'agglomération de Saint-Étienne métropole, req. n°326460, *AJ Collectivités territoriales* 2012 : 264.

14. V. Grillet-Carabajal, 2012, «Les aides financières aux manifestations culturelles et cultuelles», *AJ Collectivités territoriales* : 287.

15. Nous soulignons.

cultuelle et qu'elle est exclusivement affectée au financement du projet». Si, comme l'admet le juge, l'équipement est susceptible de bénéficier également aux personnes qui pratiquent le culte, il estime que cette circonstance «ne saurait, lorsque les conditions énumérées ci-dessus sont respectées affecter la légalité de la décision de la collectivité».

La technique du fléchage suppose que la subvention fasse l'objet d'une convention entre la collectivité publique et l'organisme qui en bénéficie. Certes, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec l'administration rend obligatoire le recours à une convention pour les subventions à partir d'un seuil de 23 000 euros seulement. Mais l'article 2 de la loi de 1905 devrait inciter les élus à conclure une convention, gage de traçabilité et de transparence d'autant plus indispensable que les subventions bénéficient à des associations et à des projets qui se situent aux confins du cultuel et du culturel. Le contribuable doit pouvoir vérifier si le financement n'est pas une aide au culte. Cette solution repose donc sur l'idée que la convention est un moyen de garantir que le financement ne sera pas affecté au culte, ce dont le contribuable va pouvoir s'assurer par un contrôle en amont. On remarquera cependant que la formulation des arrêts («notamment par voie contractuelle») laisse penser que le juge n'en fait pas une obligation. À cela s'ajoute un contrôle par la collectivité territoriale au moment de l'exécution de la convention en vertu de l'article 10 de la loi 12 avril 2000 selon lequel, «lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. Le compte rendu financier est déposé auprès de l'autorité administrative qui a versé la subvention dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée». Il y a donc là l'idée que les contrôles existent et sont suffisants pour permettre tant au contribuable qu'à la collectivité territoriale de vérifier que le financement est bien utilisé pour des manifestations non cultuelles. Le raisonnement peut être discuté. Il avait d'ailleurs été écarté autrefois par le commissaire du gouvernement, F. Scanvic, à propos d'une subvention accordée par le conseil municipal de Saint-Louis de la Réunion à une association mixte. Il s'en expliquait ainsi : «Sur le strict plan de la pratique, cette solution ne pourrait être qu'une illusion séduisante : comment en effet la mettre en œuvre pratiquement du fait de la faiblesse des instruments de contrôle tant sur le plan *interne* (comptabilité analytique de l'association et procédure budgétaire) que sur le plan externe (possibilité juridique et pratique de contrôle par l'administration) ; [...] parce que, même en admettant une lecture purement matérielle et non organique de l'article 2 de la loi de 1905, cet article se trouverait violé dans la pratique [...] : une subvention à une association cultuelle dans un tel

cadre permettrait en effet de dégager des ressources pour le culte, et c'est donc très indirectement mais néanmoins réellement que la puissance publique se trouverait en situation de financer un culte»¹⁶.

Notons que cette nouvelle jurisprudence du Conseil d'État est particulièrement favorable aux Églises ou institutions religieuses qui toutes, ne se limitent pas à l'exercice du culte. Entre les deux solutions – celle préconisée par F. Scanvic et adoptée par le Conseil d'État en 1992 et celle, actuelle, qui autorise les collectivités publiques à financer l'aspect culturel du projet quelle que soit la part du cultuel et du culturel dans le projet d'ensemble – il y avait une troisième solution que le tribunal administratif de Lyon a d'ailleurs adopté dans un jugement récent¹⁷. Elle consiste à soupeser la part du cultuel et celle du culturel dans le projet pour admettre ou non la légalité de la subvention. Si le cultuel est prépondérant, le financement est considéré comme illégal. Fut ainsi jugée illégale la subvention versée par le conseil municipal de la ville de Lyon et le conseil général du Rhône aux organisateurs (la Fondation pour le protestantisme français) de la 13^e assemblée de la Conférence des Églises européennes¹⁸ dont les trois dimensions ont été mises en exergue par le juge : culturelle (tables rondes sur différents thèmes et notamment sur le dialogue interreligieux et sur la mondialisation), institutionnelle ou administrative (fonctionnement interne de la Conférence des Églises européennes) et religieuse (prières et sermons). En joignant la dimension institutionnelle à la dimension religieuse, le juge a considéré que la partie cultuelle constituait « une part prépondérante » et que, pour cette raison, il fallait considérer que le financement public était accordé pour l'exercice d'un culte. C'est, comme le remarque V. Grillet-Carabajal, « la finalité globale » du projet qui est prise en compte par le juge. Il s'agit là d'une solution moins restrictive que celle qui avait prévalu en 1992 puisque si la part du cultuel avait été minoritaire, le financement aurait été accordé (à condition d'être affecté à la partie culturelle, bien évidemment). La jurisprudence la plus récente du Conseil d'État est davantage favorable aux projets mixtes dès lors qu'elle ne soupèse pas le poids des deux dimensions et qu'elle considère que le financement est légal

16. Conclusions sous CE, 9 octobre 1992, Commune de Saint-Louis de la Réunion, « Illégalité d'une subvention d'un conseil municipal à une association exerçant à la fois des activités culturelles et cultuelles », *AJDA* 1992 : 817.

17. TA Lyon, 24 nov. 2011, *Petrilli et Girod c/ Cne de Lyon*, req. nos 0905339-3 et 0905342, mentionné par V. Grillet-Carabajal, 2012, « Les aides financières aux manifestations culturelles et cultuelles », *AJ Collectivités territoriales* : 287.

18. La Conférence des Églises européennes (KEK) rassemble des Églises protestantes, orthodoxes, anglicanes et vieilles-catholiques de tous les pays d'Europe.

si celui-ci n'excède pas le montant de la partie culturelle du projet (et cela, semble-t-il, même si cet aspect est minoritaire dans le projet d'ensemble¹⁹).

Cela étant dit, le juge est bien conscient des limites de la logique du fléchage. S'il est possible, en effet, de séparer les aspects culturels et cultuels (même si on peut partager les critiques de F. Scanvic à ce sujet) et d'affecter la subvention exclusivement à la partie culturelle, il n'en va pas de même pour un bien dont l'usage est mixte. C'est pourquoi la convention doit prévoir « une participation de l'affectataire ou du propriétaire de l'édifice, dont le montant soit proportionné à l'utilisation qu'il pourra faire de l'orgue afin d'exclure toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte »²⁰.

Cette jurisprudence est justifiée par un certain nombre de considérations parmi lesquelles le principe de libre administration des collectivités territoriales, garanti par l'article 72 de la Constitution, mentionné par le rapporteur public et auquel le Conseil d'État fait référence dans ses visas. La question de la constitutionnalité de la loi de 1905 au regard du principe de libre administration est soulevée dans les conclusions d'E. Geffray. Selon lui, une interprétation trop stricte de l'article 2 pourrait aller à l'encontre de ce principe en vertu duquel la commune doit non seulement pouvoir encourager financièrement un projet d'intérêt local (bien qu'« en rapport » avec le culte), mais encore pouvoir déterminer ce qui relève d'un intérêt local et susceptible à ce titre d'être subventionné. À cet égard, on formulera deux remarques. Tout d'abord, on pourrait tout autant faire valoir cet argument à l'appui de l'inconstitutionnalité du régime alsacien-mosellan des cultes qui impose aux collectivités territoriales un certain nombre de dépenses au bénéfice des cultes reconnus²¹. Ensuite, il n'a jamais été jugé que les dépenses interdites, par principe, aient été contraires au principe de libre administration territoriale (comme les dépenses obligatoires d'ailleurs). On rappellera enfin que ce qui est contraire aux lois ou décrets en vigueur n'est pas d'intérêt local, comme l'a jugé le Conseil d'État²².

19. On reste prudent car ce n'était pas le cas pour l'église Saint-Firminy.

20. CE, 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, req. n°308544.

21. L'entretien des édifices des cultes reconnus appartient aux établissements publics du culte. Mais dans le cas où les ressources de ces établissements sont insuffisantes pour faire face aux charges de l'entretien des édifices, les communes sont tenues, en vertu de l'article L. 2543-3 du CGCT, de participer au financement des travaux. Elles doivent également assurer le logement des ministres du Culte, soit en fournissant un logement, soit en versant une indemnité de logement.

22. CE, 20 mai 1994, Préfet du Calvados, req. n°110776, à propos des aides communales aux écoles primaires ou maternelles privées.

Cette solution n'est d'ailleurs pas sans soulever un certain nombre d'interrogations, à commencer par la délimitation du cultuel et du culturel qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer, ce dont témoignent bien certains jugements²³. L'examen de la légalité des subventions accordées à l'association Sant'Egidio pour l'organisation d'une rencontre internationale pour la paix montre par ailleurs combien cette démarche peut amener le juge dans des considérations très subtiles. Dans ses arrêts précités du 4 mai 2012 qui confirment la légalité des subventions, le Conseil d'État rappelle « qu'une association dont l'une des activités consiste en l'organisation de prières collectives de ses membres, ouvertes ou non au public, doit être regardée, même si elle n'est pas une "association cultuelle" au sens du titre IV de la loi du 9 décembre 1905, comme ayant, dans cette mesure, une activité cultuelle », mais il considère également « que tel n'est pas le cas, en revanche, d'une association dont des membres, à l'occasion d'activités associatives sans lien avec le culte, décident de se réunir, entre eux, pour prier ». Il y a quelques années, les manifestations organisées à l'occasion du baptême de Clovis avaient déjà mis en évidence les difficultés à départager ce qui relève du cultuel et du culturel.

Outre la question des frontières entre le cultuel et le culturel, une autre question se pose, celle de la réalité des contrôles par le contribuable et par le juge. Dans les arrêts du 19 juillet 2011 rendus à propos de l'orgue de l'église de Trélazé et de l'ascenseur de la basilique Fourvière, la formulation du Conseil d'État n'est pas dénuée d'ambiguïté, ce que n'ont pas manqué de relever très justement certains commentateurs. Dans les deux affaires, il est précisé que les engagements pris de part et d'autre pour que la subvention ne constitue pas une aide au culte peuvent prendre la forme « notamment » d'une convention, ce qui laisse penser que le juge laisse aux collectivités publiques une certaine marge de manœuvre pour formaliser ses engagements. Jusqu'où ? On peut penser, comme X. Domino et A. Bretonneau, que « rien n'empêcherait que des engagements seulement oraux soient pris, à charge pour le juge, le cas échéant, de s'assurer de leur existence, voire de les consigner dans sa décision s'il les estime suffisants »²⁴. Selon ces auteurs, « il faut sûrement y voir la volonté, de la part du Conseil d'État, de ne pas faire preuve d'un formalisme excessif dans un domaine qui s'y prêterait mal ». Certes, mais ce manque de

23. TA Lyon, 24 novembre 2011, *Petrilli et Girod c/ Commune de Lyon*, mentionné par V. Grillet-Carabajal, *op. cit.* : 287 : divergences entre le TA et son rapporteur public s'agissant du temps consacré au fonctionnement interne de la Conférence des Églises européennes, rangé tantôt dans la partie culturelle, tantôt dans la partie cultuelle du projet.

24. X. Domino et A. Bretonneau, 2011, « Le sacré et le local », *AJDA* 12 septembre : 1667.

formalisme peut poser un problème de transparence : si les engagements sont oraux, comment s'assurer que la participation de l'affectataire est suffisante pour ne pas constituer une libéralité ? Comment s'assurer que « des petits arrangements entre amis » très éloignés de l'intérêt public local ne soient conclus en toute opacité ?

À ces interrogations, s'ajoute celle qui a trait à l'intensité du contrôle du juge sur l'intérêt public local. Comme le rappelle M. Touzeil-Divina, « on sait qu'en pratique jamais un juge n'ose contester la reconnaissance d'un tel intérêt puisque seuls les gouvernants locaux en sont dépositaires et qu'ils sont – *de fait* – les seuls à pouvoir l'apprécier et le qualifier. S'imposent ici à nous les théories dites de *l'étiquette* et/ou du *label* [...], doctrines selon lesquelles les gouvernants déterminent subjectivement ce qui est ou n'est pas d'intérêt général ; le juge s'y conformant. On ne peut en effet que constater aujourd'hui qu'à la différence des indices matériel (les prérogatives de puissance publique en particulier) et organique (la présence forte d'une personne publique), seul l'indice fonctionnel (l'intérêt général) n'est jamais véritablement contesté par le juge administratif »²⁵. Le juge administratif ne s'aventure donc généralement pas sur ce terrain et laisse le soin à la collectivité publique de déterminer ce qui relève d'un intérêt public local, sans doute eu égard au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales mentionné dans les cinq arrêts du 19 juillet 2011. Dans un certain nombre d'affaires, on pouvait pourtant s'interroger sur la réalité de cet intérêt. Certes, la commune de Trélazé a intérêt à développer un enseignement artistique et à organiser des manifestations culturelles – et à cela, l'orgue vient bien contribuer. Mais avait-elle bien intérêt à installer l'orgue dans un édifice affecté au culte ? Selon le rapporteur public, « pour une petite commune rurale propriétaire d'une église classée, par exemple, il peut y avoir un réel et fort intérêt local à favoriser le développement de la vie culturelle locale en organisant des festivals musicaux dans l'édifice en question et, le cas échéant, en investissant dans un orgue à cette fin. L'enjeu pour elle n'est pas évidemment pas d'affecter un meuble à un culte, mais de tirer le meilleur parti de son patrimoine et d'utiliser pour cela un mobilier susceptible, de manière subsidiaire, d'avoir une utilisation culturelle »²⁶. À cet égard, la cour administrative d'appel de Lyon avait commis une erreur de droit en considérant qu'en vertu de la loi du 2 janvier 1907, tout équipement installé dans une église ne peut qu'être exclusivement affecté à l'exercice du culte²⁷. Le rapporteur public souligne par

25. M. Touzeil-Divina, 2011, « Laïcité latitudinaire », *D.* : 2377.

26. Conclusions : 972.

27. Voir à ce sujet, les conclusions d'E. Geffray, *op. cit.* : 972.

ailleurs la possibilité pour la commune, propriétaire du bien, de le retirer à tout moment de l'édifice culturel, contrairement aux biens situés dans l'édifice culturel antérieurement à la loi de 1905, lesquels sont grevés d'une affectation culturelle perpétuelle (sous réserve de la procédure de désaffectation prévue par la loi de 1905). Mais tant que le bien est dans l'édifice culturel, il tombe sous le coup des dispositions de l'article 13 de la loi de 1905 et de l'article 5 de la loi de 1907, comme le font remarquer X. Domino et A. Bretonneau²⁸. Or, ces dispositions confient la garde et la police des édifices culturels²⁹ comme du mobilier qui les garnit³⁰ au ministre des Cultes, seul compétent pour en réglementer l'usage. Comme le souligne X. Domino et A. Bretonneau, «l'un des apports de la décision est d'ailleurs de rappeler que le pouvoir qu'a le desservant de réglementer l'usage des biens situés dans l'édifice culturel vaut aussi pour ceux de ces biens qui ont été introduits dans ces édifices postérieurement à l'édiction de la loi de 1907»³¹. Si l'on rapproche cet arrêt «commune de Trélazé» d'une jurisprudence favorable aux droits de l'affectataire³², on peut se demander si la commune avait bien intérêt à installer l'orgue dans un édifice affecté au culte. Il reste certes la possibilité de retirer l'orgue de l'église en cas de conflit avec le desservant, comme le souligne E. Geffray dans ses conclusions³³. Le desservant prend par ailleurs l'engagement de ne pas s'opposer à l'utilisation des biens pour des manifestations culturelles ou pédagogiques mais, ajoute le rapporteur public, «pourvu que celles-ci ne remettent pas en cause l'affectation de l'édifice du culte» et que soient respectées «les règles pour ne pas troubler l'usage culturel des lieux» – lesquelles sont précisées dans la convention.

28. X. Domino et A. Bretonneau, *op. cit.* : 1671.

29. CE, 20 juin 1913, Abbé Arnaud et autres, req. n°46883, rec. : 171.

30. CE, 4 août 1916, Abbé Prudhomeaux, rec. : 354 ; CE, sect., 26 décembre 1930, Abbé Tisseire, rec. : 1113.

31. X. Domino et A. Bretonneau, *op. cit.* : 1671.

32. CE, sect., 4 novembre 1994, Abbé Chalumeau, rec. : 491 – la commune propriétaire de l'édifice doit recueillir l'accord de l'affectataire pour établir un droit de visite des objets mobiliers classés exposés dans l'église ; CE, ord. 25 août 2005, Commune de Massat, *AJDA* 2006 : 91 – le maire qui a autorisé diverses manifestations publiques à l'intérieur de l'édifice culturel porte atteinte à la liberté de culte alors même qu'aucune célébration religieuse n'était prévue aux dates fixées pour les manifestations autorisées. Il faut rappeler aussi que les clés de l'édifice du culte sont détenues par le curé desservant. Le maire dispose d'une clé permettant l'accès au clocher mais il ne peut en faire usage que pour les sonneries civiles et pour assurer l'entretien de l'horloge publique. La remise au maire d'une clé de la porte de l'église n'est nécessaire que si l'accès au clocher n'est pas indépendant de celui de l'église (CE, Abbé Touron, 24 mai 1938). Ces règles sont rappelées dans la circulaire du ministère de l'Intérieur du 25 mai 2009.

33. Conclusions : 972.

III^e partie : le régime français du financement public des cultes

En dépit de ces ambiguïtés, le juge rappelle son attachement à la règle d'interdiction de financer les cultes. La solution rendue dans l'un des arrêts du 19 juillet 2011 à propos de l'aménagement de locaux pour y installer un abattoir temporaire d'ovins en vue de la fête de l'Aïd-el-Kébir³⁴ laisse penser qu'un pas supplémentaire est franchi dans l'assouplissement de la loi de 1905.

L'intérêt public local mobilisé contre l'interdiction de financement public des cultes

Dans cette espèce, était en cause une délibération du conseil de la communauté urbaine du Mans fixant à 380 000 euros l'enveloppe budgétaire destinée à l'aménagement de locaux désaffectés en vue d'y aménager un abattoir temporaire agréé d'ovins, à l'occasion de l'Aïd-el-Kébir. S'agissait-il d'un projet mixte comme semble le penser le rapporteur public³⁵? Comme dans l'affaire de Fourvière, le raisonnement est le suivant: ce n'est pas parce que l'équipement profite également aux fidèles que la subvention constitue une aide au culte. Il y avait pourtant une différence essentielle entre les deux affaires. La construction de l'ascenseur de Fourvière s'inscrit explicitement dans la politique touristique de la ville tandis que l'aménagement de l'abattoir vise à permettre l'exercice du culte. Si la collectivité territoriale intervient, c'est précisément dans cet objectif. Le rapporteur public admet lui-même qu'«il est difficile de ne pas voir dans un aménagement destiné à rendre possible l'exercice du culte³⁶ une forme d'aide au sens de la loi du 9 décembre 1905»³⁷. Le Conseil d'État a considéré pour sa part que la loi de 1905 ne s'opposait pas «à ce qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ou qui sont prévues par ses statuts, construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant, afin de permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel relevant du libre exercice des cultes, à condition qu'un intérêt public local, tenant notamment à la nécessité que les cultes soient exercés dans

34. CE, ass., 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans-Le Mans métropole, req. n°309161.

35. Conclusions: 976. «Ce n'est pas parce qu'un équipement à usages multiples est également utilisé à des fins culturelles qu'il constitue nécessairement une aide au culte. On ne peut donc, en la matière, avoir un raisonnement automatique, sans rechercher si le projet présentait un caractère exclusivement ou principalement culturel, et, si tel n'était pas le cas, si les conditions de sa mise à disposition des fidèles d'un culte pouvaient être regardées comme avantageuses.»

36. Précédemment, il a admis que «les abattages rituels relèvent bien de l'exercice du culte, musulman dans la présente espèce».

37. Conclusions: 976.

des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public, en particulier de la salubrité publique et de la santé publique, justifie une telle intervention et qu'en outre le droit d'utiliser l'équipement soit concédé dans des conditions, notamment tarifaires, qui respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité et qui excluent toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte». Autrement dit, si ces conditions sont remplies, il n'y a pas d'aide au culte au sens de la loi de 1905. N'y a-t-il pas là une interprétation de la notion d'aide au culte qui permet de sauver les apparences? On peut s'interroger, même si, comme le relève le rapporteur public, le droit d'utiliser l'équipement «ne saurait être accordé gratuitement». À cet égard, on peut d'ailleurs se demander si un tarif particulièrement intéressant pour l'association constituerait une libéralité. Par ailleurs, l'équipement est justifié ici par un intérêt public local qui n'est plus «fondamentalement extracultuel comme dans le cas de l'ascenseur de Fourvière», comme le reconnaît E. Geffray. Dans ce cas, l'intérêt public local ne prévaut-il pas sur la règle de non financement? Dans les deux premières en effet, c'est la mixité du projet qui justifie, dans un deuxième temps, que le juge cherche à savoir si la subvention répond à un intérêt public local. On peut penser, *a contrario*, que l'intérêt public local n'aurait pas été mobilisé par le juge si le projet n'avait pas été mixte. Il en avait été jugé ainsi à l'occasion de la commémoration du baptême de Clovis : «l'intérêt local présenté par la visite du pape à Reims, en raison du rayonnement intellectuel et culturel et des ressources économiques qu'elle est susceptible de procurer à la ville ne saurait davantage justifier la prise en charge par la ville de Reims d'une dépense relative à l'exercice d'un culte.»³⁸ Dans l'affaire de l'abattoir, le raisonnement est différent. Il consiste à considérer que le financement d'un équipement en vue de permettre l'exercice de pratiques rituelles n'est pas une aide au culte dès lors qu'il répond à un intérêt public local, si bien qu'on retrouve le régime classique des aides : une aide est légale si elle répond à un intérêt public local. L'écran législatif de 1905 disparaît. C'est l'intérêt des fidèles qui est en jeu ; le Conseil d'État en fait un intérêt public local. Selon lui, cet intérêt tient «notamment»³⁹ à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public». Comme le relève le rapporteur public, «le principe de non subventionnement doit être concilié avec les nécessités de l'ordre public qui constituent le point de départ

38. TA Châlons-en-Champagne, 18 juin 1996, Association «Agir» et M. Côme c/ Ville de Reims, *RDP* 1997 : 879.

39. Il faut relever le recours fréquent à cet adjectif qui laisse la porte ouverte à d'autres évolutions prochaines.

du raisonnement». La référence à l'ordre public peut surprendre. Dans la loi de 1905, c'est le libre exercice des cultes qui doit être concilié avec l'ordre public, ce que le rapporteur public admet lui-même : « Il est vrai que ces composantes de l'ordre public sont traditionnellement invoquées pour justifier, le cas échéant, des restrictions à l'exercice d'une liberté. »⁴⁰ Il y a donc quelque chose d'inédit à mobiliser l'ordre public à la faveur des fidèles. En réalité, ce raisonnement ne peut se comprendre qu'en y incluant les exigences du libre exercice du culte. Il se décompose ainsi : 1. L'abattage rituel doit être admis comme garantie du libre exercice du culte. 2. Les exigences de l'ordre public interdisent de pratiquer ces abattages en dehors des abattoirs. En l'espèce, l'abattage rituel ne peut être pratiqué conformément à la réglementation que dans des abattoirs éloignés. 3. Cela empêche les fidèles de pratiquer leur culte. C'est donc le libre exercice des cultes lié aux exigences de l'ordre public qui justifie une intervention des collectivités territoriales. L'intérêt public résulte de « la conciliation [...] entre le souhait de rendre possible l'exercice du culte et des impératifs d'ordre public »⁴¹. Cette association prévaut sur le principe de non subvention.

Ceci nous renvoie à une autre question : celle de savoir si des associations de fidèles pourraient se prévaloir de cette jurisprudence pour attaquer le refus d'une collectivité territoriale de financer un équipement permettant l'exercice de pratiques rituelles. Autrement dit, cette jurisprudence fait-elle naître une obligation positive à la charge de la collectivité territoriale ? Cette perspective est envisagée par plusieurs commentateurs. M. Touzeil-Divina s'interroge : « Que penser des utilisations privatives du domaine public – que constituent les rues de certaines grandes villes – temporairement mais hebdomadairement occupées, faute de lieux de cultes suffisamment grands, par des croyants pour y accomplir leurs prières ? Si l'on suit la démarche ici pratiquée, cela signifie-t-il – au nom de l'ordre public et en l'occurrence ici de la sécurité publique – qu'il faut que la collectivité publique aménage des lieux de culte et ce, de façon spontanée et préventive ? »⁴² X. Domino et A. Bretonneau se demandent pour leur part s'il faut « déduire du terme de 'nécessité' (que les cultes soient exercés dans des conditions conformes à l'ordre public) que pèse sur les collectivités une obligation de procéder aux aménagements nécessaires ? Nous ne le pensons pour notre part pas, et croyons qu'il est toujours loisible aux autorités locales d'interdire les pratiques d'abattage 'sauvage', sans que pèse sur elles

40. Conclusions : 976.

41. Conclusions : 977.

42. M. Touzeil-Divina, 2011, « Laïcité latitudinaire », *D.* : 2375.

une obligation d'aménagement de structure à hauteur des besoins. Il faut donc, à notre sens, lire la décision comme signifiant que les collectivités publiques peuvent, sous conditions, mener à bien ce type d'actions, et non pas qu'elles le doivent. Mais sur ce point, nous ne pouvons exclure d'être un jour démentis »⁴³. Cette lecture semble être confortée par les conclusions du rapporteur public : « Une éventuelle obligation positive nous semble, au regard du principe de non-subventionnement, exclue, sauf, ajoute-t-il, dans (certaines) hypothèses particulières »⁴⁴. Par ailleurs, le financement public sera justifié « au cas par cas, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment des solutions alternatives existantes. Dans le cas des abattoirs, par exemple, il faudrait ainsi prendre en compte les capacités des abattoirs existants, leur accessibilité [...], les besoins réels de la population et les troubles à l'ordre public susceptibles d'intervenir en l'absence de telles mesures. »⁴⁵ Et comme le soulignent très justement X. Domino et A. Bretonneau : « Il est clair en effet que le Conseil d'État n'a pas entendu juger que la participation d'une collectivité publique à l'aménagement d'un abattoir pour des pratiques rituelle était toujours légale : cela dépend, si l'on ose dire, de l'état de l'offre (à quelle distance trouve-t-on des abattoirs utilisables et avec quelles capacités ?) et de la demande (quel est le nombre d'abattages rituels dans le territoire concerné ?). En fonction de ces éléments, l'intérêt local consistant à garantir l'ordre public, lequel comporte notamment la tranquillité publique et la salubrité publique, sera avéré ou non. »⁴⁶ Certes, mais qu'en serait-il dans l'hypothèse où aucune structure ne permettrait aux fidèles d'exercer leur culte dans des conditions conformes à l'ordre public ? On ne peut s'empêcher de faire un parallèle avec le rapport Machelon lorsque, préconisant l'octroi facultatif d'aides à la construction d'édifices du culte, il soulignait : « Il n'a pas paru souhaitable de subordonner cette règle à un quelconque constat de carence en matière d'équipement cultuel. Un tel diagnostic serait éminemment délicat à conduire et supposerait une analyse approfondie des appartenances et des pratiques confessionnelles des populations concernées. Par ailleurs, l'instauration de tels critères serait de nature à lier la compétence du maire, en l'obligeant dans une certaine mesure à combler la carence observée et démontrée. »⁴⁷ On le voit, quoi qu'en disent certains commentaires, cette solution peut déboucher sur des perspectives non envisagées à ce stade.

43. X. Domino et A. Bretonneau, *op. cit.* : 1674.

44. Conclusions : 977. Lesquelles ? Cela n'est pas très clair.

45. Conclusions : 977.

46. X. Domino et A. Bretonneau, *op. cit.* : 1674.

47. *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, rapport précité : 28.

L'articulation de la règle d'interdiction de subventionner les cultes avec d'autres dispositions législatives

La question de l'articulation de la loi de 1905 avec d'autres dispositions législatives fait l'objet des deux derniers arrêts du 19 juillet 2011⁴⁸. Il est vrai qu'on ne peut faire abstraction d'un certain nombre de dispositions législatives, votées après 1905, venant affaiblir la règle posée à l'article 2, à tel point que la majorité de la doctrine refuse d'y voir un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Tout d'abord, on peut rappeler que la loi ne s'applique pas sur tout le territoire de la République. En Alsace-Moselle, le régime concordataire, toujours en vigueur, accorde des avantages matériels aux cultes reconnus (soumis, en contrepartie, à un droit de regard sur leur organisation et leur fonctionnement par l'État). En Guyane, le régime des cultes découle de l'ordonnance du 27 août 1828 qui prévoit une rémunération des ministres du culte catholique. La loi de 1905 ne s'applique pas non plus à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et en Nouvelle-Calédonie où le décret-loi du 16 janvier 1939, modifié par le décret du 6 décembre 1939, ne prohibe pas le financement public des Cultes. À Mayotte enfin où la majorité de la population est de confession musulmane, l'organisation des cultes repose aujourd'hui sur les décrets Mandel (pour le culte catholique) et sur les lois du 11 juillet 2001 relative à Mayotte et du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer (pour le culte musulman) qui n'interdisent pas le financement des cultes.

Ensuite, là où la loi s'applique, la règle d'interdiction de subventionner les cultes est soit combinée avec d'autres dispositions législatives, soit écartée au profit des dispositions qui autorisent des aides au culte. La majorité d'entre elles se trouvent ailleurs que dans la loi de 1905. Et si celle-ci contient elle-même de telles dispositions, la plupart résultent de lois ultérieures qui ont modifié la loi de 1905 dans un sens favorable aux cultes.

Les dérogations à la règle d'interdiction de subventionner les cultes dans la loi de 1905

Dès 1905, alors que le 1^{er} alinéa de l'article 2 de la loi interdit aux collectivités publiques de financer les cultes, le législateur prévoit à l'alinéa 2 que

48. CE, ass., 19 juillet 2011, Commune de Montpellier, req. n°313518; Mme Vayssière, req. n°320796.

« pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices asiles et prisons ». Cette disposition, justifiée par l'impossibilité pour les usagers de ces établissements de pratiquer leur culte ailleurs, a fait l'objet en outre d'une interprétation libérale par le juge administratif⁴⁹.

Si le principe de non subventionnement des cultes « connaît de forts tempéraments dans la loi de 1905 elle-même », c'est surtout le fait de lois ultérieures.

L'article 13 de loi de 1905 résultant de la loi du 13 avril 1908 prévoit que l'État, les départements et les communes (auxquels la loi du 2 juillet 1998 a ajouté les établissements publics de coopération intercommunale ayant pris la compétence en matière d'édifices des cultes) pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi⁵⁰. Il s'agit des édifices mentionnés à l'article 12 de la loi, c'est-à-dire « les édifices qui ont été mis à la disposition de la nation et qui, en vertu de la loi du 18 germinal an X, servent à l'exercice public des cultes ou au logement de leurs ministres » ainsi que « leurs dépendances immobilières et les objets immobiliers qui les garnissaient au moment où lesdits édifices ont été remis aux cultes » et qui, en vertu de cette disposition, « sont et demeurent » la propriété de ces collectivités publiques (art. 12, al. 1^{er}), auxquels il faut ajouter « les édifices postérieurs à la loi du 18 germinal dont l'État, les départements et les communes seraient propriétaires » (art. 12, al. 2), autrement dit les édifices construits ou acquis sous le régime des cultes reconnus par ces collectivités publiques. Il s'agit enfin des lieux de culte qui étaient au XIX^e siècle la propriété des établissements publics du culte et qui n'ont pas été réclamés à la suite de la loi de 1905 par les associations cultuelles (loi du 13 avril 1908 modifiant l'article 9 de la loi de 1905).

49. Cette jurisprudence est rappelée par le rapport du Conseil d'État de 2004, *Un siècle de laïcité* : 315. « L'État doit [...] veiller à ce que les aumôneries soient créées dans l'enseignement du second degré lorsqu'il est établi qu'elles sont nécessaires au libre exercice de leur culte par les élèves. » (CE, ass., 6 juin 1947, Union catholique des hommes du diocèse de Versailles, rec. : 250 ; ass., 1^{er} avril 1949, Chaveneau et autres, rec. : 161 ; sect., 28 janvier 1955, Association professionnelle des aumôneries de l'enseignement public, rec. : 51). Dans ce cas, la création d'une aumônerie est obligatoire. 50. Cette notion a fait l'objet de précisions dans la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi, « tout embellissement, tout agrandissement, tout achat de meubles sont interdits. Est en revanche admise la réfection partielle de l'immeuble [...]. L'installation de l'électricité ou les dépenses de chauffage ne peuvent être prises en charge que pour autant qu'elles sont nécessaires à la conservation de l'immeuble » (cf. Conseil d'État, rapport de 2004, *Un siècle de laïcité* : 306).

Dans l'ensemble, ces édifices sont très majoritairement des édifices du culte catholique. La loi permet à la collectivité publique propriétaire de prendre en charge les travaux de conservation et d'entretien s'ils sont « nécessaires pour l'entretien et la conservation » de ces édifices. Il ne s'agit pas d'une obligation. Mais comme cela a été signalé souvent, la jurisprudence du Conseil d'État favorise la participation des collectivités publiques à l'entretien des édifices dont elles sont propriétaires dès lors que le défaut d'entretien normal de l'édifice est susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité propriétaire depuis l'arrêt commune de Monségur de 1921⁵¹. Comme le note le Conseil d'État dans son rapport de 2004, « dans la pratique, les charges d'entretien des édifices cultuels dont elles ont la propriété peuvent se révéler assez lourdes pour les collectivités publiques et en particulier pour les petites communes rurales » (ce qui explique le recours à l'intercommunalité depuis la loi 2 juillet 1998)⁵².

L'article 19 de la loi du 25 décembre 1942 complétant l'article 19 de la loi de 1905 prévoit par ailleurs que les collectivités publiques peuvent accorder aux associations cultuelles les sommes allouées pour la réparation des édifices affectés au culte public, qu'ils soient ou non classés comme monuments historiques.

Mais c'est surtout en dehors de la loi de 1905 que l'on trouve le plus de dérogations ou de tempéraments au principe de non subvention.

L'articulation de la règle d'interdiction de subventionner les cultes avec d'autres lois

Il faut distinguer les aides au culte et les aides accordées à des activités qui ne se rattachent pas directement au culte mais n'y sont pas étrangères.

Parmi les premières, dès les années 1960, pour répondre aux besoins nés de l'urbanisation (et peut-être de l'arrivée d'une immigration issue d'Afrique du Nord), la loi n° 61-825 du 19 juillet 1961 de finances rectificatives pour 1961 prévoit la possibilité pour l'État, les départements (L. 3231-5 du CGCT) et les communes articles (L. 2252-4 CGCT) de garantir les emprunts contractés pour financer la construction dans les agglomérations en voie de développement d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux par des groupements locaux ou par des associations cultuelles, facilitant ainsi la

51. CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur, *rec.* : 573.

52. Conseil d'État, rapport précité : 306.

recherche d'un prêt bancaire. Cette disposition peut être utilisée par tout groupement et non seulement par les associations cultuelles, la seule condition tenant à ce que la construction doit intervenir dans une agglomération en voie de développement. C'est, selon le rapporteur public E. Geffray, la dérogation « la plus substantielle », « une dérogation majeure à la loi 1905 puisqu'en cas de carence de l'association ou du groupement en cause, c'est la collectivité qui, de fait, assure le remboursement de l'emprunt qui a servi à financer la construction du lieu de culte »⁵³.

Il faut en outre mentionner la multiplication des aides fiscales au profit des cultes, tant et si bien que certains auteurs y ont vu « la fin de la laïcité fiscale »⁵⁴. La législation prévoit des exonérations fiscales et des réductions d'impôt⁵⁵. Les premières concernent la taxe foncière (art. 1382, 4° du Code général des impôts) et la taxe d'habitation (art. 1407 CGI) dont sont exempts les édifices affectés à l'exercice du culte, quel que soit son propriétaire (association cultuelle ou collectivité publique). Les associations cultuelles sont par ailleurs exonérées, outre de la taxe professionnelle, des droits d'enregistrement pour les dons et legs (art. 795 du CGI) et de la taxe d'aménagement (art. L. 331-7 du code de l'urbanisme et décret n° 2012-87 du 25 janvier 2012) qui a succédé en 2012 à la taxe locale d'équipement (ancien art. 317 bis, annexe II CGI). Les secondes trouvent leur fondement dans la loi du 23 juillet 2007 sur le mécénat qui a rendu déductible des revenus imposables les dons faits aux associations cultuelles. Il s'agit, depuis la loi du 24 juin 1996, d'une réduction d'impôt égale à 50 % des sommes versées (dans la limite de 6 % du revenu imposable).

Par ailleurs, comme le rappelle E. Geffray, « le xx^e siècle a vu se développer le recours aux baux emphytéotiques sur des dépendances du domaine privé des communes pour permettre l'édification des lieux de culte puis sur des dépendances du domaine public »⁵⁶. Inaugurée dans les années 1930 avec les « chantiers du cardinal », cette pratique a été consacrée plus tardivement par le législateur. L'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété publique a autorisé le recours au bail

53. Conclusions précitées : 970.

54. X. Delcros et O. Schramek, 1988, « La fin de laïcité fiscale », *AJDA* : 267.

55. Sur cette question, cf. F. Messner, P.-H. Prélôt et J.-M. Woehrling, 2003, *Traité de droit français des religions*, Paris, LITEC, éd. du Jurisclasseur, coll. Traités : 863-894.

56. Conclusions : 970.

emphytéotique administratif pour la construction de lieux de culte ouverts au public (article L. 1311-2 CGCT). Dans l'un de ses arrêts du 19 juillet 2011 (Mme Vayssière, req. n° 320796), le Conseil d'État a considéré que celle-ci ne ferait que « régulariser des pratiques qui existaient depuis de longues années, soit sous le régime du BEA, soit sous le régime du bail emphytéotique de droit commun »⁵⁷. Il s'agit d'une technique permettant aux collectivités publiques de mettre à disposition d'une association cultuelle assurant la construction d'un édifice cultuel un terrain leur appartenant au moyen d'un bail conclu pour une durée de 18 à 99 ans. Au terme du bail, le terrain revient à la collectivité et l'édifice qui y a été construit devient sa propriété. La question s'est posée de savoir si « le régime du BEA devait être combiné avec les dispositions de l'article 2 de la loi de 1905 », auquel cas « pour être légal, le bail devrait faire l'objet du versement d'une redevance d'un montant tel que la collectivité ne puisse être regardée comme accordant une aide à un culte »⁵⁸. Cette possibilité a été écartée par le rapporteur public, suivi par le Conseil d'État. Selon E. Geffray, « en autorisant les communes à conclure des BEA en vue de permettre l'édification de lieux de culte, le législateur a nécessairement entendu déroger à la loi de 1905 [...] les deux systèmes répondent à deux logiques totalement contradictoires : alors que la loi de 1905 interdit toute forme d'aide à la construction d'édifices culturels [...] le mécanisme du BEA vise bien à apporter une aide immédiate au preneur en le dispensant, à la date de la conclusion du contrat, des frais liés à l'acquisition du terrain »⁵⁹. Faisant écho à ces propos, le Conseil d'État a jugé que « le législateur a ainsi permis aux collectivités territoriales de conclure un tel contrat en vue de la construction d'un nouvel édifice cultuel, avec pour contreparties, d'une part, le versement, par l'emphytéote, d'une redevance qui, *eu égard à la nature du contrat et au fait que son titulaire n'exerce aucune activité à but lucratif, ne dépasse pas, en principe, un montant modique*⁶⁰, d'autre part, l'incorporation dans leur patrimoine, à l'expiration du bail, de l'édifice construit, dont elles n'auront pas supporté les charges de conception, de construction, d'entretien ou de conservation ; qu'il a, ce faisant, dérogé aux dispositions précitées de la loi du 9 décembre 1905 ». Comme le soulignent E. Fatôme et L. Richer, « si la commune exigeait

57. Conclusions : 980.

58. Conclusions : 980. En l'espèce, était en cause une délibération du conseil municipal de Montreuil-sous-Bois autorisant le maire à conclure avec la Fédération cultuelle des associations musulmanes de Montreuil un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans moyennant une redevance annuelle d'un euro symbolique en vue de l'édification d'une mosquée sur le terrain de la commune.

59. Conclusions : 980.

60. Nous soulignons.

une redevance d'un montant correspondant à la valeur locative du terrain, au motif, par exemple, que la valeur de la contrepartie liée à l'incorporation de l'édifice dans son patrimoine en fin de bail lui paraîtrait insuffisante eu égard à cette valeur, l'opération serait généralement impossible. Or, pour le Conseil d'Etat, interprétant la volonté du législateur, il est d'intérêt général qu'elle soit possible, si bien que la possibilité que la redevance prévue par un BEA pour la construction d'un édifice du culte soit modique et que cette modicité constitue une contribution est, en quelque sorte, consubstantielle à ce type BEA⁶¹. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'affirmation selon laquelle le législateur « a ce faisant » dérogé aux dispositions de la loi de 1905. Il ne s'agit donc pas d'une subvention déguisée au culte dès lors que les dispositions de l'article 2 de la loi de 1905 sont inapplicables et ne peuvent être soulevées à l'encontre d'une délibération par laquelle une collectivité territoriale décide de conclure un BEA pour faciliter la construction d'un lieu de culte, lequel n'est soumis qu'aux règles et conditions posées par les articles L. 1311-2 et L. 1311-3 du CGCT. Notons enfin que si le Conseil d'État n'évoque pas le sort de l'édifice à l'issue du bail (hormis l'incorporation de l'édifice dans le patrimoine de la collectivité publique), le rapporteur public y fait une brève allusion en relevant que les lieux de culte construits dans le cadre d'un BEA redeviennent au terme du bail « la propriété de la commune, qui pourra ensuite soit le mettre à disposition à titre onéreux, y compris pour le culte, soit l'exploiter à des fins économiques »⁶². On rappellera à cet égard que le rapport Machelon avait proposé la création d'un BEA « avec option d'achat » au bénéfice de l'association avec laquelle le bail avait été conclu⁶³.

Si ces dispositions constituent des « dérogations » au principe de non subvention qu'il est impossible de combiner avec l'article 2 de la loi de 1905, la mise à disposition d'une salle par une commune dont peut bénéficier une association ayant des activités religieuses en vertu de l'article L. 2144-3 du CGCT doit être combinée avec la loi de 1905 comme il en a été jugé dans l'arrêt commune de Montpellier (CE, ass., 19 juillet 2011, req. n° 313518). Cette disposition du CGCT prévoit que « des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations,

61. E. Fatôme et L. Richer, 2011, « L'arrêt d'assemblée du 19 juillet 2011 *Mme Vayssière* et le BEA », *AJDA* : 2010. Selon ces auteurs, la réserve formulée par le Conseil d'État lorsqu'il considère que la redevance est modique « en principe » correspond à « des cas dans lesquels un des éléments qui conditionnent la modicité ferait défaut, par exemple, parce que l'association cultuelle ne prendrait pas en charge des investissements importants ou parce qu'elle aurait une activité lucrative dans les locaux ».

62. Conclusions : 981.

63. Rapport précité : 26.

syndicats ou partis politiques qui en font la demande. Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et maintien de l'ordre public. Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation». Comme le souligne E. Geffray, la loi de 1905 ne fait pas obstacle à ce qu'une association ayant des activités culturelles bénéficie d'une mise à disposition d'une salle par la commune. En revanche, «elle conduit, combinée avec les dispositions de l'article L. 2144-3 du CGCT, à encadrer les modalités de cette mise à disposition»⁶⁴. Plusieurs conditions doivent être réunies pour que cette mise à disposition soit légale. En premier lieu, elle «ne saurait constituer une affectation exclusive et pérenne de l'édifice à un groupement ou à des fidèles pour l'exercice d'un culte»⁶⁵ [...] l'autorisation ne peut être accordée que pour une durée limitée, c'est-à-dire provisoire, et de manière non exclusive». Il s'agit donc une solution temporaire, mais qui peut être utilisée en attendant la construction d'un lieu de culte. En deuxième lieu, cette mise à disposition doit «respecter le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité». En d'autres termes, «la commune ne peut, ni attribuer une salle à titre exclusif, ni pratiquer des conditions différentes selon les cultes, ou entre les cultes et les autres personnes susceptibles de louer la salle en cause»⁶⁶. Comme le soulignent X. Domino et A. Bretonneau, cette exigence, parfaitement compréhensible sur le plan juridique, risque de faire naître des rancunes entre associations «si les locaux communaux ne sont pas suffisants pour satisfaire tous les cultes en même temps»⁶⁷. Enfin, ces principes ainsi que celui de non subventionnement interdisent aux communes toute libéralité ou aide au culte. Autrement dit, «la commune ne peut que louer une salle polyvalente dans les conditions de droit commun». Si ces différentes conditions sont remplies, il n'y a par définition pas d'aide au culte.

Enfin, il faut mentionner les dépenses publiques non directement rattachées à l'exercice du culte mais qui sont en lien si on considère avec R. Schwartz que «les aides aux écoles privées peuvent être regardées comme des subventions directes ou indirectes au culte, dès lors qu'un enseignement religieux

64. Conclusions: 978.

65. Comme le relève très justement X. Domino et A. Bretonneau, cela revient à dire qu'«aucun édifice n'est en soi, architecturalement si l'on peut dire, un lieu de culte : seule l'affectation pérenne et exclusive à un culte le transforme en édifice cultuel. On tient là rien de moins qu'une définition de ce qu'est, juridiquement, un lieu de culte» (*op. cit.* : 1675).

66. Conclusions: 978.

67. X. Domino et A. Bretonneau, *op. cit.* : 1675.

est dispensé dans ces écoles»⁶⁸. La question du financement de l'enseignement privé mériterait une étude à part entière. On se limitera à rappeler que la loi Debré du 31 décembre 1959 met à la charge de l'État la rémunération des enseignants des établissements d'enseignement sous contrat et prévoit, pour les établissements sous contrat d'association, la prise en charge des dépenses de fonctionnement des classes dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public (article 442-5 du code de l'Éducation). Plus récemment, la loi du 28 octobre 2009 a suscité la protestation des associations de défense de la laïcité et de l'enseignement public en mettant en place une participation financière aux frais de fonctionnement des établissements d'enseignement primaire privés sous contrat d'association accueillant des élèves résidant dans une autre commune, par la commune de résidence, et ce dans des conditions et selon des modalités analogues à celles en vigueur dans les écoles publiques⁶⁹.

On le voit, il existe un certain nombre de dérogations et de tempéraments depuis 1905 qui, selon la plupart des auteurs, empêchent d'envisager le principe de séparation comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Si l'on ajoute la jurisprudence administrative (depuis 2005) qui refuse de faire le lien entre laïcité et séparation, la valeur constitutionnelle de la séparation est incertaine aujourd'hui, d'où peut-être la proposition du candidat du Parti socialiste lors des élections présidentielles du mois de mai 2012 visant à constitutionnaliser la séparation des Églises et de l'État. Quelles en seraient les conséquences ? Il est difficile de le dire sans savoir quel serait le contenu exact de cette proposition mais il est très probable que cette constitutionnalisation aurait pour effet, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause de nombreux dispositifs législatifs dérogeant au principe d'interdiction de financer les cultes⁷⁰. Notons que la récente décision du Conseil constitutionnel sur le régime des cultes reconnus en Alsace-Moselle⁷¹ ne vient

68. R. Schwartz, 2007, *Un siècle de laïcité*, Paris, Berger-Levrault : 61, cité par H. Flavier, 2010, « Le financement public des cultes en France et le principe de laïcité », *RDP* : 1601.

69. *JO*, n° 251 du 29 octobre 2009 : 18292. Sur cette loi, voir J.-M. Pontier, 2009, « Une histoire sans fin ? École privée, école publique, la parité de financement », *JCP* : 26 ; B. Toulemonde, 2009, « La loi Carle, un compromis boiteux », *AIDA* : 2396.

70. La proposition n'entend pas remettre en cause, en revanche, le droit local des cultes alsacien-mosellan, lequel serait même inscrit dans la Constitution.

71. Décision n°2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité. Était en l'espèce contesté l'article VII des articles organiques des cultes protestants de la loi du 18 germinal an X sur le traitement des pasteurs.

III^e partie : le régime français du financement public des cultes

pas devancer cette proposition. Car si le juge constitutionnel s'est, pour la première fois, référé à l'interdiction de salarier et de reconnaître les cultes pour définir le principe constitutionnel de laïcité, il n'a pas mentionné la règle de non subventionnement comme l'y invitait l'association requérante⁷² et s'il a considéré que le droit local cultuel n'était pas contraire au principe de laïcité, il ne l'a pas pour autant constitutionnalisé comme le proposait le candidat victorieux aux dernières élections présidentielles.

De cette jurisprudence récente du Conseil d'État, on retiendra qu'elle donne à la notion d'aide au culte une interprétation inédite propre à fournir de nouveaux moyens aux associations ou groupements dont les activités sont liées à un culte. La plupart des commentateurs ont accueilli favorablement cette interprétation, estimant qu'elle garantissait un juste équilibre entre le libre exercice du culte et l'interdiction de subventionner les cultes⁷³. En adaptant la loi de 1905 aux besoins actuels de la société, le juge administratif aurait fait par ailleurs la preuve de sa vitalité. Peut-être. Mais on peut aussi se demander si le juge n'en vient pas ainsi à neutraliser l'interdiction de subventionner les cultes confirmant le sentiment exprimé par certains auteurs d'une « neutralisation rampante du principe d'interdiction des financements publics »⁷⁴. On peut considérer que ce principe a vécu. Mais est-ce bien au juge de dessiner les nouveaux contours des relations financières entre les collectivités publiques et les cultes ? La proposition de constitutionnaliser le titre 1^{er} de la loi de 1905 sera peut-être l'occasion pour la représentation nationale de s'exprimer sur ce qui relève d'un véritable choix de société.

72. Il ne s'agit pas néanmoins d'une définition exhaustive comme l'indique l'adverbe « notamment » que l'on trouve dans le considérant 5.

73. « On ne peut exclure que soit un jour soulevée la question de la constitutionnalité et de la conventionalité de la loi de 1905 », avait souligné le rapporteur public dans ses conclusions précitées. Cette idée n'est pas étrangère à la jurisprudence du Conseil d'État en matière de financement des cultes. Ainsi, pour qu'elle ne soit pas contraire à l'article 9 de la CEDH et aux principes constitutionnels d'égalité et de liberté de religion, il faut interpréter la loi de 1905 de façon libérale. On remarquera que la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais condamné le système de séparation des Églises et de l'État dans lequel les subventions aux cultes sont interdites.

74. F. Messner, P.-H. Prélôt et J.-M. Woehrling, *Traité de droit français des religions*, op. cit. : 855.

Rubriques

Droit privé et religion

Isabelle Riassetto
Professeur à l'université du Luxembourg

La présente chronique couvre l'actualité jurisprudentielle de l'année 2011

Droit de la personnalité

Changement de prénom pour motif religieux

Le choix d'un prénom, en tant que mode d'identification au sein de la famille et de la société, permet de révéler ou, au contraire, de masquer l'appartenance supposée ou avérée de celui qui le porte à une religion. L'article 60 du Code civil autorise le changement de prénom à toute personne qui justifie d'un « intérêt légitime ». Parmi les nombreux intérêts susceptibles d'être invoqués par les requérants, le souci de porter un prénom conforme aux exigences d'une religion peut constituer un intérêt légitime. Ce type de demande est d'ailleurs relativement fréquent en pratique (V. V. Cador, 2011, « Peut-on changer de prénom pour un motif religieux ? », *Revue Lamy droit civil*, mars : 36). Les juges apprécient souverainement les raisons invoquées.

Le plus souvent, la demande tend à révéler ses convictions religieuses à travers son prénom. L'intérêt légitime au changement de prénom trouve fréquemment son point de départ dans la conversion religieuse du requérant assortie d'autres éléments attestant la légitimité et sérieux de sa demande. Un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 5 avril 2011 (CA Rennes, ch. 6, 5 avr. 2011 : JurisData n° 2011-018012) illustre cette situation. Après s'être convertie à l'Islam et mariée religieusement, selon la tradition musulmane, une femme souhaitait porter comme premier prénom celui d'Aïcha, les trois enfants du couple portant également des prénoms musulmans. Comme l'énonce la cour d'appel, « si elle n'est certes pas empêchée de pratiquer sa religion en portant son prénom Charlyne, il apparaît toutefois à la cour qu'elle justifie d'un intérêt légitime à pouvoir porter comme premier prénom Aïcha afin de mettre en harmonie son identité, celle de ses enfants et sa nouvelle condition

religieuse et culturelle et de favoriser son intégration dans le milieu de vie qu'elle a choisi».

La conversion peut être suivie de l'usage prolongé d'un prénom différent de ceux inscrits à l'état civil. Cet élément peut être pris en compte dans l'évaluation de la légitimité de l'intérêt au changement de prénom. Un arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 7 avril 2011 (CA Besançon, ch. civ. 1, sect. B, 7 avr. 2011 : JurisData n° 2011-011640) illustre ce propos. La requérante âgée de 21 ans en 2011 porte trois prénoms à consonance française (Lucile, Isabelle et Anne-Marie). Elle indique, au soutien de sa demande en suppression des prénoms initiaux et leur remplacement par le prénom Ilham, le fait qu'elle pratique la religion musulmane depuis 2002 et qu'elle est connue depuis plusieurs années sous ce dernier prénom. Elle produit plusieurs attestations d'amis déclarant la connaître sous le prénom musulman. Les juges ont cependant estimé « compte tenu de son jeune âge et du fait qu'elle continue à être appelée Lucile par des membres de sa famille, qu'il convenait d'ordonner l'adjonction du prénom d'Ilham à ses trois prénoms actuels, plutôt que de procéder à une substitution de prénoms qui pourrait la couper de ses racines familiales et culturelles ». Il est en effet rappelé qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les prénoms inscrits à l'état civil, le titulaire pouvant à son choix faire usage de l'un quelconque d'entre eux. Aussi, l'adjonction d'un prénom, sollicitée à titre subsidiaire par la requérant, « apparaît adaptée à sa situation, et de nature à lui laisser toute possibilité d'évolution future ». Le cas échéant, il lui sera toujours possible de réutiliser son prénom d'origine sans avoir à solliciter une nouvelle demande de changement en justice. Le pragmatisme de la décision mérite entière approbation. Bien qu'il soit toujours possible de demander à faire marche arrière après plusieurs années (Cass. 1^{re} civ, 1^{er} février 1984, n° 82-16.364 : Bull. civ., I, n° 48 ; Gaz. Pal. 1984, 2 : 495, obs. J.M. ; Defrénois, 1984, p. 784, n° 42 obs. J. Massip ; 6 mars 1990 : préc. ; 2 mars 1999 : D. 1999, Inf. rap. : 89 ; Defrénois 1999 : 934, obs. J. Massip ; JCP G 1999, II, 10 089 : 975, note Th. Garé), la solution retenue anticipe une telle décision. C'est aussi la raison pour laquelle une demande d'inversion de l'ordre de ses prénoms à la suite d'une conversion à l'islam ne peut aboutir, le requérant pouvant faire le choix de l'un ou l'autre prénom dans ses relations sociales (CA Lyon, ch. 2, 14 févr. 2011 : JurisData n° 2011-002458).

Inversement, la demande peut tendre à se séparer d'un prénom à connotation religieuse. Les juges peuvent tenir compte du souhait de favoriser ses chances d'intégration sociale et professionnelle du requérant. Ayant été souvent amené à devoir justifier de son origine lors des contrôles d'identité ou de passages aux frontières et de les difficultés de trouver des jobs d'été, il fait

valoir son souhait d'optimiser ses chances de trouver après ses études un premier emploi rapidement (CA Versailles, ch. 1 sect. 1, 20 janv. 2011, n° 10-07068 : Juris-Data n° 2011-001158).

Vie privée

Registre des baptêmes

Le respect de la vie privée est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 9 du Code civil. En outre, certaines atteintes sont sanctionnées pénalement par les articles 226-1 et suivants du Code pénal. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vie privée est une « *notion large non susceptible d'une définition exhaustive* » qui recouvre l'intégrité physique et morale d'un individu, et englobe parfois des éléments relevant de son identité sociale (cf. notamment CEDH, 23 sept. 2010, Obst c. Allemagne, req. n° 425/03 ; CEDH, 23 sept. 2010, Schüth c. Allemagne, req. n° 1620/03). La Cour de cassation intègre dans le champ de la protection de l'article 9 du Code civil les croyances mais aussi les pratiques religieuses (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001 : Bull. civ., I, n° 60 ; D. 2002 : 248, note C. Duvert). La protection de ce texte ne joue plus lorsque cet élément est devenu un fait public. Il en va ainsi lorsque la personne a volontairement fait état publiquement de ses convictions, de son appartenance religieuse ou lorsqu'elle en a autorisé la divulgation. Il en va de même lorsque la religion relève de la vie publique de la personne (Cass. 1^{re} ch. civ., 12 juill. 2005 : Bull. civ, I, n° 329 : « La révélation de l'exercice de fonctions de responsabilité ou de direction au titre d'une quelconque appartenance politique religieuse ou philosophique ne constitue pas une atteinte à la vie privée »).

L'inscription sur un registre de baptêmes accessible au public constitue-t-elle une violation de la vie privée ? Un jugement du tribunal de grande instance de Coutances, le 6 octobre 2011 (TGI Coutances, 6 oct. 2011, RG n° 10/00833) y a répondu par l'affirmative. En l'espèce, un libre penseur avait « renié son baptême » et demandé à être radié du registre des baptêmes. La mention de son reniement a été portée sur le registre paroissial en marge de celle relative au baptême. Estimant que cela n'était pas suffisant, il a saisi le président du tribunal de grande instance pour voir ordonner l'effacement de la mention de son baptême sur le registre de l'Église. Le tribunal a donné droit à sa demande au motif qu'il est « constant que la notion de "vie privée" au sens de l'article 9 du code civil comprend toute information relative à la personne » et que « le fait d'avoir été baptisé par l'église catholique est un événement

intime constituant une information personnelle sur un individu, en dehors de toute considération sur le fait que ce baptême révèle ou non une appartenance ou une pratique religieuse». Le baptême est. On observera que le tribunal ne s'est pas situé sur le terrain religieux de la signification du baptême mais sur celui, étatique, de l'information qu'il constitue au regard de la protection de la vie privée. À ce titre, le baptême ne saurait faire l'objet d'une publicité non autorisée dans des fichiers ou registres, informatiques ou autres. C'est pourquoi les juges ont motivé leur solution par le fait que «l'existence d'une mention de ce baptême sur un registre accessibles à des personnes tierces à l'individu concerné, même si ce registre n'est pas consultable par tous», pour décider qu'une mention sur un tel registre constitue «en soi» une divulgation de ce fait portant atteinte au respect de la vie privée de l'intéressé.

Il convient d'observer que cette solution a vocation à s'appliquer également aux mentions relatives aux mariages religieux et autres sacrements, ainsi qu'à toutes les religions qui tiennent des registres ou fichiers, qu'il s'agisse de registres répertoriant leurs membres ou l'accomplissement des différents rites, dès lors qu'ils en autorisent un accès à un public non autorisé par l'intéressé.

L'arrêt est toutefois discutable au regard de la proportionnalité de la mesure de radiation ordonnée par «effacement définitif de la mention [...] et ce par tout moyen et par exemple par le surlignage à l'encre noire indélébile». Une telle solution revient en effet à nier l'appartenance passée à la religion en en faisant disparaître toute trace. Si l'atteinte à la vie privée consiste du caractère divulgable de l'information par son accessibilité à des tiers, la mesure proportionnée n'est pas l'effacement, mais l'interdiction d'accès à des «tierces personnes» non autorisées. Ce jugement, frappé d'appel, conduira à une réflexion sur la limitation de l'accès à ces registres impliquant la mise en place de mesures appropriées destinées à en assurer la confidentialité, voire à recueillir le consentement exprès de l'intéressé avant divulgation.

Il importe de souligner que l'article 8 I de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés interdit de collecter ou de traiter les données à caractère personnel faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à leur santé ou vie sexuelle. Le II de ce texte réserve toutefois plusieurs exceptions à cette interdiction. Au nombre de celles-ci figurent la mise en œuvre du traitement de ces données par une association ou tout autre organisme à but non lucratif à caractère religieux, philosophique, politique

ou syndical sous réserve qu'ils ne concernent que leurs membres ou les personnes qui entretiennent avec celui-ci des contacts réguliers dans le cadre de son activité et qu'ils ne portent que sur des données non communiquées par des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément.

Enfin, la cérémonie du baptême dans un lieu de culte au sens de l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905 doit être considérée comme publique. La publication non autorisée de photos ou d'enregistrements entre dans le champ d'application de l'article 226-1 du Code pénal.

Célébration de mariage religieux

Certaines atteintes volontaires à la vie privée d'autrui sont pénalement sanctionnées par les articles 226-1 et suivants du Code pénal. L'article 226-1 puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : « 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;/ 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. » L'alinéa second de ce texte énonce que « lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

Pour l'application de ce texte, la célébration d'un mariage religieux dans un lieu de culte revêt-elle un caractère public ou privé ? La chambre criminelle de la cour de cassation a répondu en faveur du caractère public, dans un arrêt du 25 octobre 2011 (Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-80266 ; D. 2011, Act. : 2857 ; D. 2012, pan. : 765, spéc. 767, obs. E. Dreyer ; Contrats, Commerce électronique 2012, n° 23, obs. A. Lepage). Des personnes ont porté plainte et se sont constituées parties civile du chef d'atteinte à l'intimité de la vie privée, suite à la publication de photographies prises à leur insu pendant la cérémonie de leur mariage dans une synagogue de Paris. Pour relaxer les prévenus, la cour d'appel avait retenu « qu'en application de l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905, aux termes duquel les réunions pour la célébration d'un culte tenu dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition sont publiques, le caractère public des cérémonies s'impose à l'autorité religieuse célébrant le mariage ainsi qu'aux mariés » et que « le fait, personnel aux parties civiles, d'avoir organisé un contrôle temporaire de l'une des entrées de la synagogue, les autres entrées n'étant pas concernées, n'établit pas le caractère

privé de la cérémonie». La Haute juridiction a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt au motif qu'«en l'état de ces énonciations, dont il résulte que la prise des photographies sans le consentement des personnes y figurant ayant été faite dans un lieu public, le délit prévu par l'article 226-1, 2° du Code pénal n'est pas constitué, la cour d'appel a justifié sa décision». Elle est demeurée insensible à l'argument du pourvoi selon lequel le mariage religieux dépend de la volonté des époux et relève de la sphère de l'intime conférant à cette cérémonie facultative un caractère nécessairement privé et, partant, au lieu de sa célébration un caractère également privé, tout comme elle n'a pas tenu compte des restrictions d'accès mises en place pendant la cérémonie. La solution appelle à être étendue à d'autres cérémonies religieuses tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition, telles que les baptêmes, *bar mitzvas*, professions de foi, obsèques, etc.

Droit de la famille

Divorce

Divorce pour faute – Prosélytisme religieux

Chaque époux dispose de sa liberté de religion (voir notamment F. Mesner, P.-H. Prélôt et J.-M. Woehrling (dir.), 2013, *Traité de Droit français des religions*, Paris, Litec, 2^e éd., n° 1564 et s.) ce qui implique pour chacun d'eux le droit d'avoir ou de ne pas avoir de religion, de pratiquer ou de ne pas pratiquer, ou d'en changer. L'appartenance à une religion ou à un mouvement sectaire, comme la conversion ne sont pas, en tant que telles, des causes de divorce (voir récemment: CA Grenoble; 1^{er} oct. 2007, RG n° 05/04279; CA Paris, 14 novembre 2007: Juris-Data n° 2007-346523).

Toutefois, le prosélytisme ou le harcèlement religieux peut justifier le prononcé d'un divorce pour faute en ce qu'il constitue une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations de mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune (CA Montpellier, 5 mai 1986: Juris-Data n° 1986-034063; CA Rennes, 7 févr. 1990: Juris-Data n° 1990-043635; CA Rennes, 18 mai 1993: Juris-Data 1993, 043014; CA Lyon, 22 janvier 2002: Juris-Data n° 2002-192467). La principale difficulté consiste, en pratique, à en rapporter la preuve (CA Dijon, 23 sept. 1997: Juris-Data n° 1997-049493; CA Toulouse, 21 nov. 2001: Juris-Data n° 2001-184911; CA Grenoble, 1^{er} oct. 2007: Juris-Data n° 2007-359462). Il ne suffit pas de reprocher à son époux de lui avoir demandé après

le mariage et dans les jours qui ont suivi, de façon agressive, de se convertir à l'islam, pour obtenir le divorce. La communication aux débats d'une attestation d'une personne se bornant à donner son opinion sur la motivation qu'elle prête à l'époux et sur l'état de désarroi de l'intimée au moment du mariage est insuffisante, car « ce témoignage, largement indirect, ne confirme pas du tout le harcèlement religieux [...] dont se plaint [l'épouse] » (CA Caen, ch. 1, sect. 3, 9 juin 2011, RG n° 10/01219).

Effets du divorce – Usage du nom marital

L'épouse peut être autorisée à conserver l'usage du nom de son conjoint dès lors qu'elle justifie d'un intérêt particulier au sens de l'article 264 du Code civil. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 29 septembre 2011 (CA Versailles, ch. 2 sect. 1, 29 sept. 2011 : JurisData n° 2011-032113) admet l'existence d'un tel intérêt pour une épouse qui s'est convertie au judaïsme avant le mariage dans le but de permettre aux enfants à naître d'être de confession juive. Ce fort engagement, dont le mari ne conteste pas qu'il a été animé par l'amour que sa future épouse lui portait, s'est trouvé concrétisé par le port du nom patronymique du mari qu'elle porte depuis 40 ans. Il est intéressant de remarquer la mise au premier plan de la dimension religieuse dans la motivation, alors qu'il eut suffi de faire référence à la durée du mariage et de son souhait de porter le même nom que celui de ses enfants.

Effets du divorce – Réparation du préjudice

Le divorce peut être à l'origine d'un préjudice pour l'un des époux. L'article 266 du Code civil dispose que « sans préjudice de l'application de l'article 270, des 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 exclusif de son conjoint ». Ce texte présente un caractère autonome par rapport à l'article 1382 du Code civil. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 6 octobre 2011 illustre cette articulation entre les deux textes et la possibilité pour le demandeur de former une double demande indemnitaire (CA Versailles, ch. 2, sect. 2, 6 oct. 2011 : JurisData n° 2011-022090). En l'espèce, le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari qui a failli à son devoir de fidélité et de cohabitation pour aller s'installer avec sa maîtresse. L'épouse fait valoir sur le fondement de l'article 266 que le prononcé du divorce entraîne pour elle des conséquences d'une particulière gravité étant catholique pratiquante. Elle ajoute qu'elle ne pourra se remarier à

l'Église et se trouve, de fait, condamnée à la solitude affective perpétuelle. Les juges estiment au regard des pièces produites par l'épouse qu'elles établissent que « celle-ci subit du fait de la dissolution du mariage, en sa qualité de catholique pratiquante pour avoir été mariée à l'église, avoir fait baptiser ses enfants, leur avoir fait suivre une scolarité en établissement privé catholique, s'acquitter du denier du culte et participer régulièrement à la messe du dimanche, des conséquences d'une exceptionnelle gravité, ses convictions religieuses se heurtant au prononcé du divorce et ne l'autorisant pas à envisager une nouvelle union » (voir également CA Bordeaux, 24 nov. 2009 : D^r fam. 2010, n° 18, obs. V. Larribau-Terneyre).

Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ils considèrent rapportée la preuve du préjudice moral de l'épouse consécutif au comportement fautif du mari, lequel n'a pas hésité à afficher publiquement et durablement sa relation adultérine en l'emmenant notamment chasser avec lui au milieu du cercle d'amis du couple et en s'installant ostensiblement avec elle (CA Versailles, ch. 2, sect. 2, 3 nov. 2011 : JurisData n° 2011-025554).

Autorité parentale

Par principe, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants (C. civ., art. 372). Leur séparation est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., 373-2, al. 1). Toutefois, l'article 373-2-1 du Code civil dispose que « si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents » et que « l'exercice du droit de visite et hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ». La pratique religieuse excessive de l'un des parents est fréquemment source de désaccord dans l'exercice de l'autorité parentale, et il n'est pas rare que l'autre sollicite pour ce motif une modification du droit de visite et d'hébergement, voire que lui soit accordé l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Les juges apprécient souverainement les circonstances de fait qui leur sont soumises au regard de l'intérêt de l'enfant.

Un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 24 oct 2011 (CA Nancy, ch. civ. 3, 24 oct. 2011 : JurisData n° 2011-034046) s'inscrit dans ce contentieux. En l'espèce, l'enquête sociale a mis en évidence que le père rejette depuis quelques années les valeurs qui étaient les siennes au moment où il a épousé la mère, à savoir celles d'un islam modéré et d'un mode de vie à l'occidentale. Il a adopté un mode de vie en étroite conformité avec ses croyances religieuses radicales, cessant notamment de travailler alors qu'il gagnait confortablement sa vie.

Il a estimé de son devoir d'élever ses enfants dans de stricts principes religieux, ce qui a profondément modifié sa relation avec eux. Les enfants souffrent des principes d'éducation désormais différents entre leurs parents et se sont mis à craindre leur père. À titre d'illustration, l'enquêteur social a relevé que le père disait à ses enfants que ce n'était pas bien de fêter les anniversaires ou qu'il était diabolique d'écouter des chansons. Le père a cessé de voir ses enfants à partir du moment où son droit de visite et d'hébergement usuel a été transformé en droit de visite simple. Les magistrats n'ont cependant pas fait droit à la demande de la mère qui réclamait l'exercice exclusif de l'autorité parentale, estimant que « priver le père de l'exercice de l'autorité parentale reviendrait à le conforter dans sa tendance actuelle à se désengager de l'éducation des enfants et dans le sentiment qu'il est victime des manœuvres de la mère ; qu'au surplus celle-ci ne démontre pas que le partage de l'autorité parentale se heurte concrètement à une impossibilité dommageable pour les enfants ». Les juges ont néanmoins fait droit à la demande d'interdiction de sortie des enfants du territoire national sans l'autorisation des deux parents au motif que le père ayant, à tout le moins, conservé des liens étroits avec son pays d'origine, le Maroc, et ayant fait montre de positions radicales, il pourrait être tenté d'y retenir les enfants contre le gré de la mère.

Par ailleurs, le père s'estimait victime de discrimination religieuse dans la fixation des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, reprochant au premier juge d'avoir donné la préférence au parent non pratiquant. Les juges rappellent « qu'il est de règle, pour les parents, d'exercer en commun l'autorité parentale ; qu'il échet de relever que monsieur EL H. a pris le parti unilatéral de s'écarter de la pratique commune antérieurement adoptée par les deux parents et que de ce seul fait, il s'est lui-même exposé à se voir désavouer en sa manière de faire ; que le fait que ses motivations aient été tirées de la religion est sans emport sur le fait qu'il a manqué à ses obligations parentales ». La référence à la pratique commune antérieurement suivie est en effet un critère fréquemment retenu en matière d'exercice de l'autorité parentale parce qu'elle est un facteur de stabilité pour les enfants. Par ailleurs, le manquement aux obligations parentales légales ne saurait être justifié par des considérations religieuses.

Assistance éducative

Des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par le juge des enfants si les conditions de l'éducation d'un mineur sont gravement compromises ou si sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger (C. civ., art. 375). Le juge apprécie ces conditions *in concreto*. La pratique religieuse excessive en

ce qu'elle peut se traduire par un enfermement psychologique et social, refus de vaccination, jeûnes prolongés, etc., d'un, voire des deux parents, peut justifier une telle mesure. Ainsi, l'enfermement éducatif des enfants dont la mère s'est convertie à un islam radical ainsi que le conflit parental ouvert ont pu motiver une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert sur le maintien duquel la cour d'appel de Rouen a eu à statuer le 18 janvier 2011 (CA Rouen, ch. mineurs, 18 janv. 2011, RG n° 10/04633). Le refus absolu de la mère d'avoir tout contact avec le service d'assistance éducative et son interdiction faite au père pendant deux ans de voir ses enfants, suivi d'un changement de position à l'audience quant à l'exercice par le père de ses droits justifie le maintien de cette mesure. C'est en effet, « sous la contrainte absolue et la menace proférée par le ministère public d'un placement de ses enfants que Madame H. risque d'avoir proposé l'exercice par le père de ses droits qu'elle refusait depuis deux ans ; que l'intérêt des enfants se situe dans des relations normalisées avec leur père et il convient que l'ouverture sociale qui semble leur être refusée par leur mère leur soit offerte, que seule le maintien de l'assistance éducative en milieu ouvert permet de suivre l'évolution de la situation ».

Contrats

Contrat testament obsèques

L'élément religieux peut être valablement contractualisé et s'imposer ainsi aux parties et au juge (C. civ., art. 1134, al. 1) (voir F. Messner, P.-H. Prélôt et J.-M. Woehrling (dir.), *Traité de Droit français des religions*, op. cit., n° 1772 et s.). Parmi les contrats se prêtant à l'intégration d'un élément religieux dans son objet ou les modalités d'exécution de ses obligations, figure le contrat funéraire (CA Rouen, 23 oct. 1996 : Juris-Data n° 1996-047735). Un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 septembre 2011 (CA Lyon, 13 sept. 2011, RG n° 11/06270) mérite d'être mentionné à ce sujet. Une personne placée sous le régime de la curatelle renforcée avait avant son décès souscrit un « contrat testament obsèques » avec OGF dans lequel il avait exprimé ses volontés suivantes : « célébration de ses obsèques selon le culte catholique et inhumation au cimetière de L. dans un caveau et monument existant ». Il avait en outre adhéré au contrat collectif d'assurances souscrit auprès de la compagnie Auxia dont le bénéficiaire était OGF. L'une de ses filles du défunt fait assigner sa mère, le curateur, l'OGF, la compagnie d'assurance en faisant état de la conversion de son père à la religion musulmane et de son souhait d'être

inhumé en conformité avec le rite musulman. La cour d'appel a décidé que le défunt « a exprimé dans un contrat testament obsèques ses volontés quant aux conditions de ses funérailles. Le souhait qu'il aurait émis quelques temps avant sa mort de se convertir à l'islam au cours d'une conversation intime avec l'une de ses filles est établi par les seules attestations, très imprécises, émanant de ses filles et de leurs époux respectifs. En l'absence de tout autre élément, la certitude qu'il avait renoncé à sa volonté d'être inhumé selon les conditions déterminées dans le contrat testament ne peut être considérée comme acquise ».

Conformément à la loi du 15 novembre 1987 (art. 3), « tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture ». Si ce contrat contenait un testament olographe (C. civ., art. 970), le respect du contrat impliquait celui des dernières volontés du défunt. (Sur la recherche de la volonté des dernières volontés : Cass. 1^{re} civ. 15 juin 2005 : Bull. civ. I, n° 267 ; D. 2005, IR : 1807 ; Dr. fam. 2005 : 2431, note X. Labbé cassation de CA Paris, 3 juin 2005 : D. 2005 : 2431, note X. Labbé ; CA 24 juin 1996 : Dr. fam. 1998, n° 176, note B. Beigner ; CA Montpellier, 9 juill. 1997 : *ibid.* ; CA Poitiers, 2 mars 2005 : BICC 15 févr. 2006, n° 335).

La cour d'appel poursuit en énonçant de façon plus contestable que « cependant, dans la mesure où la famille très proche, qui a entouré le défunt de son affection jusqu'au terme de son existence, en fait la demande, rien ne s'oppose à ce que le rituel mortuaire musulman soit respecté pour le lavage du corps et de la prière ». Bien que participant d'un souhait d'apaisement, cette décision conduit toutefois à une combinaison des rites, puisque l'inhumation proprement dite doit avoir lieu selon le rite catholique conformément aux stipulations contractuelles.

Droit du travail

Restriction à la liberté de religion du salarié – Impératif d'organisation du travail

Aux termes de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées

au but recherché.» Ce texte permet à l'employeur de poser, sous certaines conditions, des restrictions à la liberté de religion du salarié au nom des impératifs commerciaux liés à l'intérêt de l'entreprise, expression de la liberté d'entreprendre. Il revient au juge d'effectuer, au cas par cas, la balance des intérêts en présence et de trouver le point d'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et la liberté de religion du salarié.

Il revient à l'employeur de justifier la pertinence de sa décision de restriction au regard de la nature de la tâche à accomplir (type de poste, contexte, modalités d'exécution de la tâche). Ainsi, l'intérêt de l'entreprise peut être constitué par des impératifs d'organisation du travail à accomplir, qu'il s'agisse de contraintes de fin de chantier (CA Paris, 25 janv. 1995: Juris-Data n° 1995-021103) ou de livraisons importantes (Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 97-41.300: Bull. civ. 1981, V, n° 968; D. 1982, inf. rap.: 315, obs. J. Frossard). Ces impératifs motivent un refus d'autorisation d'absence ou d'aménagement du temps de travail par l'employeur. Un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 17 mai 2011 en donne une nouvelle application (CA Colmar, ch. soc., sect. B, 17 mai 2011: Juris-Data n° 2011-010064). Un salarié engagé en qualité de manœuvre de scierie avait décidé de se rendre à un pèlerinage à La Mecque pendant un mois, en pleine saison du hêtre, en dépit du refus par l'employeur de sa demande de congé exceptionnel sans solde. Pour expliquer son absence et l'abandon de poste qui lui est reproché, il fait valoir que ce refus de congé était abusif « compte tenu de son objet, un pèlerinage religieux, accomplissement obligatoire dans le culte musulman » et que l'employeur était en mesure de lui trouver un remplaçant au poste de manœuvre. La cour d'appel donne raison à l'employeur en considérant que ce dernier, « qui a une activité de scierie, a justifié son refus de congé par les contraintes d'organisation de l'entreprise pendant cette période de l'année, "la pleine saison du hêtre" » et que « le refus d'un tel congé sans solde motivé par la pratique d'un culte ne peut être considéré comme abusif compte tenu de cette contrainte particulière, de la durée de l'absence et de l'information du salarié du refus, plus de deux mois avant la date prévue pour ce pèlerinage et alors qu'il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir envisagé une embauche spécifique d'un remplacement [...] pendant une durée de deux mois ».

Restriction à la liberté de religion du salarié – Prosélytisme

Le salarié ne peut abuser de sa liberté d'expression au sein de l'entreprise en faisant preuve de prosélytisme de nature à causer un trouble objectif caractérisé dans le fonctionnement de celle-ci (voir M. Pendu, 2008, *Le fait religieux en droit privé*, Paris, Defrénois; S. Plana, 2006, *Le prosélytisme religieux*

à l'épreuve du droit privé, Paris, L'Harmattan; A. Garay, 2003, «Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise», *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, juill.-août 2003: 37). Le prosélytisme religieux constitue de la part du salarié une faute grave justifiant son licenciement. La jurisprudence en fournit un certain nombre d'illustrations (CA Paris, 17 mars 1987: Juri-sData n° 1987-023723; CA Aix-en-Provence, 15 févr. 1989: Juris-Data n° 1989-051714; CA Rouen, 25 mars 1991: JurisData n° 1991-042342; CA Paris, 28 sept. 1993: Juris-Data n° 1993-022979; CA Dijon, 24 févr. 1994: Juris-Data n° 1994-040831; CA Rouen, 25 mars 1997: Juris-Data n° 1997-042342; CA Toulouse, 9 juin 1997: Cah. prud'h. 9/97: 156; CA Nancy, 30 juin 2006: JurisData n° 2006-312346; CA Basse-Terre, 6 nov. 2006: JurisData n° 2006-335238; CA Paris, 4 sept. 2008: Juris-Data n° 2008-371109 – preuve non rapportée). La preuve du prosélytisme peut cependant être délicate à rapporter, comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2011 (CA Paris, Pôle 6, ch. 3, 25 oct. 2011: Juris-Data n° 2011-024682). Il était reproché à une employée, engagée en qualité d'assistante maternelle pour garder un enfant à son domicile, la participation de l'enfant, âgé de 23 mois, à des pratiques religieuses prenant place dans le quotidien de la famille d'accueil. La mère, qui avait constaté que son enfant mimait la prière musulmane en répétant «Ala Akaba», avait décidé de la licencier en lui reprochant son prosélytisme religieux. La cour refuse de retenir ce grief en raison de son manque d'objectivité, au motif qu'il convient «de relativiser les propos du jeune enfant témoin de ces pratiques religieuses dans l'intimité de la famille où il est accueilli et se garder d'y voir d'emblée un souhait de prosélytisme à son égard. En toute hypothèse, ce fait ne peut être, en tant que faute, établi par les seuls dires de la mère [...] étant par ailleurs observé que l'enfant relate, avec ses propres outils de compréhension, un comportement de sa gardienne que (la mère) interprète à son tour en y décelant – subjectivement – une volonté d'influencer son enfant sur le terrain de la religion».

Restriction à la liberté de religion du salarié – Neutralité

Il n'existe pas de principe de neutralité dans l'entreprise privée, tout au moins lorsque celle-ci ne poursuit pas une mission ou des activités de service public ou d'intérêt général.

En revanche, les salariés employés sous contrat de droit privé dans un service public sont tenus de respecter une stricte obligation de neutralité. Le principe de laïcité et de neutralité s'appliquent en effet à l'ensemble des services publics et des agents de service public, quel que soit leur statut (de droit public

ou de droit privé). Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 novembre 2011 en donne une illustration au sujet d'une salariée d'une Caisse primaire d'assurance maladie licenciée pour avoir refusé de renoncer à son foulard (CA Paris, 9 nov. 2011 : Juris-Data n° 2011-024544) : « Le fait pour la salariée de ne pas renoncer au port du foulard, signe ostentatoire manifestant ses croyances religieuses, pendant ses heures de travail et sur son lieu de travail, alors qu'elle participait à l'exécution d'un service public soumis au respect du principe de laïcité et de neutralité constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. »

En va-t-il de même des salariés d'une entreprise privée, quelle que soit sa forme juridique (association, société, groupement d'intérêt économique), ayant des activités de service public ou d'intérêt général ? Sont concernées les entreprises privatisées (La Poste, Pôle Emploi, etc.), ainsi que celles qui exercent leur activité dans le secteur social ou médico-social, celui de la petite enfance ainsi que dans le secteur privé hospitalier. En l'absence de texte spécifique applicable aux entreprises privées, la réponse à cette interrogation doit être trouvée dans les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail, en vertu desquels les restrictions apportées aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives doivent être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ». Un jugement du conseil des prud'hommes de Mantes-la-Jolie du 13 décembre 2010 (Cons. Prud'h, Mantes-la-Jolie, 13 déc. 2010, n° F 10/005987 : Dr. soc. 2011 : 779, obs. H. Boualili ; JSL 2011, n° 293, jurispr. : 13, note M. Hautefort) a admis la validité de la clause de neutralité religieuse insérée dans le règlement intérieur d'une association gérant une crèche et justifié le licenciement d'une éducatrice qui avait refusé d'ôter son voile. Saisie par la salariée, la HALDE avait considéré que cette association n'exerce pas de mission de service public (HALDE, Délib. n° 2010-82, 1^{er} mars 2010). La cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement de première instance le 27 octobre 2011 (CA Versailles, 27 oct. 2011 : Juris-Data n° 2011-024122). Après avoir fait référence aux statuts de l'association qui précisent que celle-ci « a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier » et qu'elle « s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle », la cour d'appel a considéré que « conformément à ces dispositions, la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse ; que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des

manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse». Elle estime ensuite que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur qui prévoit 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 dans l'exercice de l'ensemble des activités développées» par l'association, pour décider que les restrictions prévues apparaissent justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail. Ce faisant, l'arrêt n'encourt pas le reproche d'avoir étendu au secteur privé des règles propres au secteur public en dehors d'une disposition légale. Il ne mentionne pas la mission de service public de l'association. Plus subtilement, il analyse la tâche à accomplir (éducation de jeunes enfants) à la lumière de l'objet de l'association dont les statuts stipulaient expressément l'absence de référence à la religion.

Il convient d'observer que, dans sa délibération n° 2011-67 du 28 mars 2011, la HALDE a recommandé au gouvernement d'«examiner l'opportunité d'étendre aux structures privées des secteurs social, médico-social et de la petite enfance chargées de missions de service public ou d'intérêt général, les obligations – notamment de neutralité – qui s'imposent aux structures publiques de ces secteurs» et «de clarifier les conditions d'application de la Circulaire DHOS/G 2005-57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé précisant les conditions d'application du principe de neutralité aux établissements de santé privé d'intérêt collectif (ESPIC) chargés d'une ou de plusieurs missions de service public et de préciser si le gouvernement entend donner à ce concept de neutralité une portée juridique en particulier au regard de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (loi HPST)». Cette idée est reprise par la résolution n° 3397 adoptée par l'Assemblée nationale le 31 mai 2011 sur «l'attachement au respect des principes de laïcité, fondement du pacte républicain et de liberté religieuse». Dans son point 7, elle «estime nécessaire que le principe de laïcité soit étendu à l'ensemble des personnes collaborant à un service public ainsi qu'à l'ensemble des structures privées des secteurs social, médico-social ou de la petite enfance chargées d'une mission de service public ou d'intérêt général; hors le cas des aumôneries et des structures présentant un caractère "propre" d'inspiration confessionnelle».

Quelle est la situation du salarié de l'entreprise privée exerçant une activité civile ou commerciale? La possibilité offerte à l'employeur par les articles L. 1121-1 et L. 1321-1 du Code du travail de restreindre la liberté religieuse

ne peut l'autoriser à interdire de manière absolue tout signe religieux ou, plus largement, toute expression des convictions religieuses (HALDE, Délib. n° 2008-32, 3 mars 2008). En effet, seule la loi peut, conformément à l'article 34 de la Constitution de 1958, fixer une restriction générale à une liberté fondamentale. Or, aucune disposition législative n'interdit de manière générale les manifestations de la liberté de religion dans l'entreprise privée. Il va sans dire que la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 sur les signes religieux à l'école ne s'applique pas à l'entreprise (C. Wolmark, 2009, «Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise? L'entreprise n'est pas un établissement scolaire!», *Revue de Droit du Travail*: 488). Un arrêt de la cour d'appel de Lyon a toutefois estimé justifié le licenciement d'un salarié d'une société d'expertise de sinistres auprès des compagnies d'assurance, engagé en qualité d'expert régleur qui, travaillant en *open space*, avait coutume, dès le départ de son supérieur hiérarchique de divertir l'attention de ses collègues en leur tenant des propos enflammés sur sa religion et sur la place que les femmes doivent, selon lui, avoir dans la société. Le motif invoqué selon lequel «un tel comportement, contraire à la neutralité qui doit régner au sein d'une entreprise, était gravement perturbateur pour l'activité des autres personnes travaillant dans le même local, et en outre toujours manifesté en l'absence du supérieur hiérarchique, et donc profondément déloyal à l'égard de l'employeur» est critiquable en ce qu'il fait référence à la neutralité. L'abus de droit dans l'expression de ses convictions à travers des conversations ou le trouble objectif caractérisé auraient certainement suffi en l'espèce à justifier le licenciement.

Cette solution se fait l'écho de la résolution de l'Assemblée nationale n° 3397 précitée qui énonce en son point 10 qu'elle «estime souhaitable que, dans les entreprises, puisse être imposée une certaine neutralité en matière religieuse, et notamment, lorsque cela est nécessaire, un encadrement des pratiques et tenues susceptibles de nuire à un vivre ensemble harmonieux». Cette idée se retrouve dans l'avis du Haut conseil à l'intégration (HCI) du 1^{er} septembre 2011 «De la neutralité religieuse en entreprise» (JCP S 2011, act. 341; 2011, *Semaine sociale Lamy*: 1506) qui estime souhaitable que, dans les entreprises privées, puisse être imposée une certaine neutralité en matière religieuse et, notamment lorsque cela est nécessaire, un encadrement des pratiques et tenues susceptibles de nuire à un «vivre ensemble» harmonieux. Il recommande sans nuance que «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 manifestation de l'expression religieuse, qu'il s'agisse de pratique ou de signes ostensibles, est donc fortement recommandée ».

Droit commercial

Actes de commerce – Commerçants

Sont commerçants, aux termes de l'article L. 121-1 du Code de commerce, « ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Cette qualification leur confère un statut dérogatoire au droit commun. Parmi ces dispositions spécifiques, figure celle relative à la clause attributive de compétence territoriale des tribunaux. L'article 48 du Code de procédure civile prévoit que « toute clause qui directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant ». La question s'est posée de savoir si l'association A Votre Service (AVS), titulaires de deux marques garantissant la qualité de la viande *halal*, pouvait se prévaloir d'une clause de ce type figurant dans un contrat d'agrément passé avec une société spécialisée dans le commerce de la viande et l'abattage d'animaux. Une cour d'appel a énoncé que « l'association AVS, dont l'objet est de 'contrôler, informer et d'orienter la communauté musulmane de France par tout moyen de diffusion sur la consommation de produits licites et de soutenir et participer au développement de toutes les activités socioculturelles islamiques' n'étant pas commerçante, elle ne peut revendiquer l'application de la clause ». Son arrêt est censuré au visa de l'article 48 du Code de procédure civile par un arrêt la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 novembre 2011 (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2011, n° 10-25.765), au motif qu'« en se fondant sur le seul libellé de son objet statutaire, sans rechercher si l'activité de l'association de contrôle des établissements commercialisant de la viande afin d'en certifier la qualité halal au moyen de sa marque déposée, moyennant la perception de redevances ne caractérisait pas l'exécution d'actes de commerce à titre habituel susceptibles de lui conférer la qualité de commerçant en laquelle elle avait contracté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». La solution doit être approuvée car la qualité de commerçant

est juridiquement attachée, non pas à l'énoncé de l'objet statutaire, mais à l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle. Ainsi, une association régie par la loi de 1901 peut-elle être qualifiée comme un commerçant de fait si elle répond à la définition du commerçant du Code de commerce. Pour le déterminer il importe, en premier lieu, de mettre en évidence l'accomplissement d'actes de commerce par nature énumérés à l'article L. 110-1 du Code de commerce. En l'espèce, selon le pourvoi, elle effectuait des prestations de fournitures au sens du 6° de ce texte. En second lieu, il convient de vérifier l'exercice de ces actes à titre de profession habituelle, à savoir de manière répétée en entreprise – et non à titre isolé – et à titre lucratif, ce qui était le cas en l'espèce.

Droit pénal

Infractions de presse

Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence

L'article 24, alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse punit « ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, 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 leur non-appartenance à [...] une religion déterminée ». La sanction consiste en un emprisonnement d'un an et/ou une amende de 45 000 euros. L'élément matériel du délit consiste en un propos provocateur. Ce propos est apprécié par les juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation à l'aune des limites admissibles de la liberté d'expression. En effet, le délit n'est pas un délit d'opinion. La provocation doit tendre à la discrimination, la haine et la violence en ce sens que les propos ou l'écrit doivent faire naître immédiatement dans l'esprit du destinataire un sentiment de haine qui pourra le conduire à commettre un acte de violence, de haine ou de discrimination. Sa répression a pour but de prévenir un passage à l'acte de la part des destinataires de la provocation.

N'a pas été jugé comme constitutif d'une provocation à la discrimination par la cour d'appel de Versailles (CA Versailles, ch. 14, 27 avr. 2011 : *Juris-Data* n° 2011-007497) l'affichage par le Front national d'encarts publicitaires dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, représentant une femme en *burqa* devant une représentation de la France couverte du drapeau algérien transpercé par des minarets en forme de missiles avec le slogan « Non à l'islamisme » et

« La jeunesse avec Le P. ». En effet, « la dénonciation et l'annonce du refus d'un islamisme qui ne serait que le dévoiement de l'islam au même titre que ceux de tout fondamentalisme, d'ultra-orthodoxie ou d'universalisme religieux, comme l'atteinte faite à la dignité des personnes par occultation de leur visage pouvant en découler relève du débat démocratique garanti par l'exercice et le respect de la liberté d'expression et il appartient à l'association MRAP de démontrer que l'affiche en cause constitue une provocation ou une incitation à la haine à l'égard d'un groupe de personnes et donc un appel ou une invite à un comportement haineux ou discriminatoire en raison de l'appartenance ou non à un groupe, une race, une religion ou une nation ». La cour a, en outre, estimé que le seul constat du caractère polémique de cette affiche ne permet pas au juge des référés de constater qu'elle engendre un trouble dont l'illicéité est manifeste. De plus, la provocation doit être dirigée à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personne déterminé. À ce propos, la cour d'appel a, en l'espèce, estimé qu'il n'était pas démontré que le sentiment de rejet ou d'hostilité que cette affiche fait naître soit dirigé plus contre le groupe de personne ciblé, de religion musulmane et de nationalité algérienne que contre le mouvement qui entend tirer le bénéfice de la mise en accusation.

Diffamation publique

La diffamation est définie par l'article 29, alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». La diffamation religieuse est punie d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros ou de l'un de ces deux peines (art. 32, al. 2). Ces peines sont susceptibles d'être doublées en cas de récidive (art. 63).

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 novembre 2011 (Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 10.85.666, 6332: Juris-Data 2011-02815. Voir déjà Cass. 2^e civ., 26 avr. 2001, n° 99-10.490) met en évidence certaines exigences permettant à l'auteur d'une diffamation ainsi qu'au directeur de la publication qui a relaté ces propos d'échapper à la responsabilité pénale de ce chef. En l'espèce, la Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah a porté plainte et s'est constituée partie civile du chef de diffamation publique envers un particulier et complicité en raison de la publication, dans l'édition numérique de l'hebdomadaire *Le Point*, du contenu d'un entretien téléphonique entre un journaliste dudit hebdomadaire et M. Y..., député-maire de Maisons-Laffitte, postérieurement à une conférence de presse au cours de laquelle ce dernier avait déclaré

souhaiter la création d'une commission parlementaire sur les dérives sectaires, notamment dans les domaines médical et paramédical. Les propos incriminés étaient les suivants : « Nous devons en revanche apprécier quelles sont les dérives sectaires qui tombent sous le coup de la loi. Et là, les critères sont connus : enfermement d'enfants, non-assistance à personne en danger, captation d'héritage... À ce titre, la Scientologie et les témoins de Jéhovah sont clairement coupables de dérives sectaires. Les témoins de Jéhovah enferment les enfants, la Scientologie harcèle les gens qui veulent s'en sortir... rien que pour cela on peut les soupçonner d'être des sectes. » Les premiers juges ont déclaré M. X..., coupable du délit de diffamation, et M. Y..., de complicité de ce délit. Pour relaxer le député-maire au titre de la bonne foi, confirmer sur la culpabilité le jugement entrepris à l'égard du directeur de la publication, qui faisait valoir que la question traitée relevait d'un débat d'intérêt général au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt énonce, d'une part, que les notions de prudence et d'objectivité ne peuvent être appréciées avec la même sévérité, s'agissant d'un journaliste ou d'un homme politique fort de ses convictions et amené à les exprimer publiquement et, d'autre part, que le directeur de publication est tenu d'un devoir de vigilance d'autant plus important que le thème en discussion, à savoir la lutte contre les sectes, est sensible et sujet à polémiques. L'arrêt est censuré au motif qu'« en se déterminant ainsi, sans se prononcer, comme l'y invitaient les parties, sur l'existence ou la non-existence, en la circonstance, d'un débat d'intérêt général et alors que l'admission de la bonne foi en faveur de l'auteur des propos incriminés a pour effet d'exclure non seulement la responsabilité pénale dudit auteur, mais également celle du directeur de la publication du site ou de l'organe de presse dans lequel ces propos sont insérés, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

En effet, l'infraction n'est pas caractérisée lorsque les faits relèvent d'un débat d'opinion ou débat d'intérêt général au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, la présomption d'intention coupable en matière de diffamation peut être combattue par son auteur en prouvant sa bonne foi. Il doit à ce titre témoigner de sa sincérité, de la poursuite d'un but légitime (par ex. l'information du public), l'absence d'animosité personnelle, de sa prudence et de sa mesure dans l'expression ainsi que la vérification de ses sources (Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007, n° 06-15.226 : Bull. crim., n° 147 ; Civ., 1^{re}, 17 mars 2011, n° 10-11.784 : D. 2011 : 915, obs. S. Lavric et 2823, obs. T. Garé ; D. 2012, pan. : 771, obs. E. Dreyer). La bonne foi ne suppose pas la preuve de la vérité des faits diffamatoires dont elle se distingue. Cet arrêt précise surtout que l'admission de la bonne foi en faveur de l'auteur a pour effet d'exclure, non seulement sa responsabilité pénale, mais également celle du directeur de publication.

Infractions contre la nation, l'État et la paix publique

Infractions des fonctionnaires publics

Le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni par l'article 432-1 du Code pénal de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. La peine est doublée si l'infraction a été suivie d'effet. Le maire d'une commune doit être condamné de ce chef pour avoir refusé de célébrer le mariage d'un homme et d'une femme transsexuelle au motif que celle-ci n'était pas de sexe féminin et que ses convictions religieuses s'opposaient à ce qu'il procède à ce mariage (CA Papeete, 1^{er} sept. 2011 : Juris-Data n° 2011-021235 ; JCP A 2011, 2314 et JCP G 2011, 1132, note P. Gourdon). Il ne peut en effet refuser, sous peine d'arbitraire, d'accomplir un acte de son ministère que pour des motifs légaux. Il ne peut refuser de célébrer un mariage que si les futurs conjoints ne remplissent pas les conditions légales, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque les futurs époux étaient de sexe différents selon les actes de l'état-civil. Le prévenu a donc en refusant de célébrer ce mariage commis, en connaissance de cause, un acte positif constitutif du délit dans la mesure où ce refus faisait échec à l'application de la loi sur le mariage. Bien que cela ne soit pas expressément précisé par l'arrêt, le maire ne bénéficie d'aucune objection de conscience l'autorisant à refuser de célébrer ce mariage pour motif religieux. Cette solution découle du devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public.

Le prévenu doit également être condamné du chef de discrimination par personne dépositaire de l'autorité publique. L'article 432-7 du Code pénal interdit « la discrimination définie à l'article 225-1 du Code pénal, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission [...] lorsqu'elle consiste : 1° À refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° À entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque » (JCl. Pénal Code, Art. 432-7, fasc. 20). Il importe peu que le refus de célébrer le mariage soit motivé par les convictions religieuses dès lors que c'est à raison du sexe dit d'origine de l'un des futurs époux que le prévenu a refusé le droit au mariage. Le prévenu ne peut, pour se justifier, invoquer l'avis d'autorités religieuses qui, pour respectable qu'il soit, est étranger de l'application du droit positif qui fixe les règles applicables à l'ensemble de la nation (voir pour un autre

chef de discrimination, Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641 : Juris-Data n° 2011-012316 ; D. 2011 : 1821, obs. M. Bombled).

Participation à un groupement ou à une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme

Introduites par la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, les infractions terroristes figurent aujourd'hui aux articles 421-1 et suivants du Code pénal parmi les dispositions relatives aux atteintes à l'État, la nation et la paix publique. Le terrorisme est défini par l'article 421-1 de ce code par référence à la commission d'infractions de droit commun (atteintes aux personnes et/ou aux biens notamment), lorsqu'elles sont commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Il peut être qualifié de terrorisme d'inspiration religieuse ou de terrorisme religieux lorsque leurs auteurs justifient l'emploi de la violence par leur religion (voir notamment, N. Cettina, 2001, *Terrorisme : l'histoire de sa mondialisation*, Paris, L'Harmattan ; Y. Mayaud, 1997, *Le terrorisme*, Paris, Dalloz ; S. Plana, *op. cit.* ; J. Alix, 2010, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz ; *Terrorisme*, JCl. Pénal Code, Art. 421-1 à 422-7, fasc. 20 ; Y. Margénaud, 1990, « La qualification pénale des actes de terrorisme », Paris, *Revue de science criminelle* : 1).

Le législateur réprime également, à l'article 421-2-1 du Code pénal, la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation d'un acte de terrorisme. Un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 13 décembre 2011 (CA Paris, Pôle 8, ch. 1, 13 décembre 2011 : Juris-Data n° 2011-031829) en donne une illustration dans un contexte religieux. L'enquête et l'instruction ont, en l'espèce, permis de mettre en évidence l'existence d'une association de malfaiteurs constituée de deux groupes, mise en œuvre depuis plusieurs années en vue de préparer ses membres au djihad, soit en France, soit à l'étranger, notamment en zone de conflit. Les prévenus étaient animés par une volonté commune de résistance armée, les actes tels que des séances de tir avec des armes de guerres, sous-tendus par une pratique radicale de l'Islam, signalant chez les prévenus la volonté de s'inscrire dans un processus meurtrier particulièrement attentatoire aux principes fondamentaux de la société. Les juges ont mis en évidence l'élément intentionnel caractérisé par la conscience chez les prévenus de la nature terroriste de leurs agissements et le fait qu'ils ont sciemment adhéré à l'objectif de l'association illicite (CA Paris, pôle 8, ch. 1, 8 nov. 2010, RG n° 10/00653).

SEPTEMBRE 2012

Institutionnalisation de l'islam et liberté de culte en droit allemand : la conclusion du premier accord entre un Land et la communauté musulmane – les deux accords du 14 août 2012 entre la ville-État de Hambourg et trois associations musulmanes

.....
Thierry Rambaud,
professeur des Universités
(Paris Descartes/Conseil de l'Europe)

Ce sont deux accords de grande importance qui viennent d'être signés en République fédérale d'Allemagne par le gouvernement de la ville-État de Hambourg avec trois associations musulmanes¹ et alevites, le 14 août 2012². Ces accords devront être ratifiés par le parlement du Land, mais cette approbation ne fait guère de doute en raison du consensus des grandes formations politiques représentées au sein du parlement régional en leur faveur.

Ils revêtent une dimension capitale dans la mise en œuvre des libertés publiques, et plus particulièrement des libertés religieuses, dans cet État fédéré. Le modèle d'accord ainsi signé avec trois associations musulmanes³ et alevites, qui fixe les droits et obligations réciproques du Land et des associations

.....
1. Il s'agit du Conseil de la communauté islamique de Hambourg (*Rat der islamischen Gemeinschaften in Hamburg*) et de l'association du centre culturel islamique (der Verband der islamischen Kulturzentren).

2. On trouvera le texte de l'accord de onze pages sur le site officiel de la ville-État de Hambourg : www.hamburg.de.

3. Les musulmans en Allemagne sont organisés en différentes confédérations, parmi lesquelles : le Conseil central des musulmans d'Allemagne (*Zentralrat der Muslime in Deutschland*) et le Conseil islamique pour la République fédérale d'Allemagne (*Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland*). Alors que le premier, issu du groupe de travail musulman en Allemagne (*Islamischer Arbeitskreis Deutschland*) en 1994, s'occupe principalement de la vie religieuse quotidienne des musulmans

religieuses, ainsi que de leurs fidèles, est de nature à s'étendre à d'autres États fédérés. Rappelons, en premier lieu, que la conclusion des accords avec les collectivités religieuses en droit allemand relève d'une large part du droit des États fédérés.

En effet, en vertu des dispositions de la Loi fondamentale allemande de 1949, toutes les compétences non explicitement attribuées au Bund reviennent aux Länder qui disposent ainsi d'une véritable compétence de droit commun. À ce titre, les Länder sont compétents en matière de droit des collectivités religieuses (art. 70, par. 1). Cette compétence exclusive, qui permet à la Constitution de chaque Land de contenir son propre dispositif de droit public des collectivités religieuses, s'exerce néanmoins dans le respect des principes fondamentaux posés par la Loi fondamentale en son article 140. Les Länder disposent d'une totale liberté d'action tant qu'ils ne méconnaissent pas les exigences de la Loi fondamentale.

Au sein de ce cadre, les diverses Constitutions des États fédérés traduisent des choix et des orientations de politique ecclésiastique propres à chaque Land. Il est possible, à partir de ce constat, d'établir une typologie regroupant les Constitutions selon la place et le rôle qu'elles entendent réserver aux Églises dans l'espace public et social allemand. Ainsi, dans le respect des principes communs, se dégagent des inflexions particulières : certains États insistent sur l'aspect « séparation des cultes et de l'État », d'autres, en revanche, soulignent avec insistance, le rôle culturel et social tenu par les grandes Églises. Ces constitutions utilisent, à ce titre, le terme de *Kirchen* (Églises) et non celui de *Religionsgesellschaften* (sociétés religieuses) pour mieux souligner la place reconnue aux grandes Églises chrétiennes dont la fonction d'« instance de légitimation de l'ordre public et social » est ainsi clairement mise en évidence.

.....
en Allemagne, à savoir les programmes scolaires, la pastorale ou le calcul des fêtes religieuses, le second a pour but de coordonner les décisions des communautés musulmanes en Allemagne.

À leurs côtés figurent plusieurs confédérations musulmanes qui garantissent les liens avec les pays d'origine de différentes communautés. Parmi celles-ci, les confédérations turques sont les plus grandes et les mieux organisées. La principale confédération turque est l'Union turco-musulmane pour la religion (*Türkisch-Islamischen Union der Anstalt für Religion*), fortement organisée par l'État turc, puisque ses imams sont toujours des fonctionnaires turcs. Il existe également une Confédération des communautés musulmanes des Bosniaques en Allemagne (*Vereinigung Islamischer Gemeinden der Bosniaken in Deutschland, VIGB*) et une Communauté islamique en Allemagne (*Islamische Gemeinschaft in Deutschland, IGD*) de la communauté arabe, organisation considérée aujourd'hui par les autorités comme la branche allemande des frères musulmans.

Les confédérations se regroupent au niveau fédéral au sein du Conseil de coordination des musulmans (*Koordinierungsrat der Muslime*).

En l'espèce, l'aspect le plus spectaculaire de ces accords, et qui rejoint une discussion récente qui s'est tenue récemment en France à ce sujet à l'occasion de la dernière élection présidentielle, réside dans le fait que certains jours fériés musulmans sont dorénavant reconnus de manière officielle. Les salariés pourront ainsi ne pas travailler en ce jour et invoquer une fête religieuse. Les écoliers pourront, pour leur part, être dispensés de cours en ce jour.

La portée de cet accord va néanmoins bien au-delà : il s'agit pour le Land d'affirmer que les musulmans et les alevites, qui constituent une branche hétérodoxe de l'islam, ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres citoyens, que ceux-ci soient catholiques, juifs ou protestants. Avec les représentants de ces confessions, des accords similaires avaient été signés, s'agissant des églises chrétiennes en 2005, et avec le culte juif en 2007.

L'accord organise également pour la première fois l'enseignement confessionnel de l'islam dans les écoles publiques. Le sujet est juridiquement très complexe, car l'article 7, alinéa 3 de la Constitution prévoit que l'enseignement de la religion est délivré « en conformité avec les principes des communautés religieuses ». La communauté musulmane n'ayant pas de représentant unique, ces principes n'étaient jusqu'à présent pas édictés.

Il comporte également des stipulations sur les lieux de culte et les sépultures.

L'apport de ces accords que l'on peut qualifier d'« historique » se situe à plusieurs niveaux.

En premier lieu, ils étendent le mécanisme, si essentiel en droit allemand, du « droit conventionnel » ou « droit des accords » au culte musulman. Ces accords interviennent au sujet des « matières mixtes », c'est-à-dire qui intéressent à la fois l'ordre juridique étatique et celui des collectivités religieuses, puisque la Constitution a reconnu à ces dernières un véritable droit à la compétence dans l'espace public.

Par ailleurs, ils reconnaissent que trois associations musulmanes, qui représentent approximativement 130 000 croyants, peuvent être représentatives de leur « communauté religieuse » (*Religionsgesellschaft*) en leur permettant de participer, à côté des représentants des autres religions, à l'organisation des cours de religion. La ville-État de Hambourg va sur ce point au-delà des réalisations opérées par d'autres Länder.

Ces accords témoignent, par ailleurs, qu'un tel projet ne peut véritablement avancer que s'il fait l'objet d'un fort consensus politique. Ce dernier s'explique par l'insertion dans les accords d'un article spécifique sur les valeurs fondamentales communes (*Gemeinsame Wertgrundlagen*) aux deux partenaires signataires. C'est ainsi l'article 2 de l'accord signé avec les associations religieuses musulmanes qui rappelle l'attachement commun au principe de

neutralité de l'État, ainsi qu'à celui de l'égalité de sexes. Sont également visés le respect de la tolérance ou l'attachement inaltérable au principe de la dignité de la personne humaine. Cette reconnaissance de valeurs communes, dont la plupart ont trouvé une réalisation juridique immédiate au sein de la Loi fondamentale allemande, constituait un préalable indispensable à la signature de l'accord. Aux termes de ce dernier, c'est l'adhésion commune à ces valeurs qui permet de consolider les institutions démocratiques allemandes qui s'avèrent protectrices des droits fondamentaux. L'idée sous-jacente à la conclusion de cet accord rejoint les préoccupations de Jürgen Habermas au sujet du patriotisme constitutionnel, c'est-à-dire d'un patriotisme qui repose essentiellement sur l'attachement à des principes et valeurs communs et non sur la conception traditionnelle de l'État-nation héritée de l'histoire et qui reposait sur le partage d'une langue et d'une culture.

Commencée en 2007 par un maire chrétien-démocrate, Ole von Beust, la discussion dura plus de cinq ans et fut donc conclue par son successeur, un social-démocrate, Olaf Scholz. Il y eut, malgré l'alternance au pouvoir, une continuité de l'action conduite par les autorités municipales.

On peut même dire que la négociation de ces accords n'a pas provoqué de grand débat politique et a même l'objet d'un consensus entre les principales formations politiques présentes au parlement. Le journal *Le Monde* nous rapporte que, pour prévenir d'éventuelles inquiétudes de la part de la population non musulmane du Land, le site officiel de la ville de Hambourg apporte quelques précisions, notamment quant à l'absence de crèche islamique ou à l'absence d'un droit parallèle qui pourrait voir le jour⁴.

À cet égard, ces accords sont susceptibles, on le verra, de constituer un élément de réflexion important à un moment où la réforme du Conseil français du culte musulman (CFCM), amorcée fin 2011 par le ministre de l'Intérieur de l'époque, Claude Guéant, connaît de sérieuses difficultés en France. Les tensions entre le CFCM et la Grande Mosquée de Paris prennent un tournant très conflictuel et dommageable pour celui-là et conduisent les autorités publiques à s'interroger sur la nécessité d'une reprise en main du fonctionnement du CFCM par l'État. Au nom de la garantie effective des libertés publiques, pèse sur l'État une obligation positive d'adopter les mesures effectivement visant à garantir l'égalité de tous les citoyens devant la loi, notamment lorsque celle-ci met en œuvre des prescriptions constitutionnelles relatives aux libertés

.....
4. *Le Monde*, 17 août 2012 : 5.

fondamentales. C'est naturellement le cas de la liberté de conscience et de culte pour les fidèles de confession musulmane⁵.

La conclusion de ces deux accords de 2012 intervient dans un contexte évolutif qui est celui d'une institutionnalisation progressive de l'islam et du culte musulman en Allemagne. Si des débats récurrents surgissent sur le « multiculturalisme » et le degré d'intégration des étrangers dans la société allemande, il n'en reste pas moins que l'islam en Allemagne commence à s'institutionnaliser grâce à l'action conjointe des pouvoirs publics et des principales associations musulmanes.

Créée en 2006, la Conférence de l'islam d'Allemagne (*Deutsche Islam Konferenz*) offre dorénavant un cadre de discussion et d'échange entre les représentants de l'État et ceux de la communauté musulmane, qui est estimée à plus de quatre millions de personnes. Elle formule régulièrement des recommandations visant à favoriser l'intégration des musulmans dans la société allemande.

Une de ces recommandations, qui doit être lue en perspective avec les stipulations relatives à l'éducation de l'accord du 14 août 2012 avec les deux associations musulmanes⁶, prévoit, notamment, l'introduction d'un enseignement confessionnel de l'islam dispensé en langue allemande dans les établissements scolaires « communautaires » et « confessionnels ». Depuis la fin des années 1990, plusieurs projets pilotes de cours de culture ou d'instruction religieuse islamique avaient certes été initiés dans des écoles de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, ainsi qu'au Bade-Wurtemberg, à Berlin, en Basse-Saxe et en Bavière, mais sans être intégrés comme matière régulière d'enseignement⁷, ce que prévoit l'accord ici commenté avec la ville de Hambourg.

Fin 2010, trois universités allemandes (Osnabrück, Münster et Tübingen) ont, par ailleurs, annoncé la mise en place de nouveaux cursus d'études en sciences islamiques destinés à assurer notamment la formation des enseignants en religion et des imams. Ces initiatives interviennent à la suite d'un rapport du Conseil allemand pour la science consacré à l'enseignement de la théologie musulmane à l'université. Pour répondre au mieux aux impératifs scientifiques et culturels, mais également à un besoin croissant de la société et du monde politique, le Conseil pour la science recommande par ailleurs de passer d'une approche universitaire de l'islam centrée sur les *Middle East*

5. Sur ce point, on se permet de renvoyer à T. Rambaud, 2007, « Libertés de pensée, de conscience et de religion », *Juris-classeur Libertés*, fasc. 880, Paris, LexisNexis SA.

6. Ce sont les articles 4 à 6 de l'Accord.

7. F. Curtit, 2010, « Droits étrangers », *Société, droit et religion*, n°1, Paris, CNRS éditions : 119-120.

studies à des recherches axées davantage sur la présence de minorités musulmanes en Europe. Il s'agit d'ancrer les études islamiques au sein des universités publiques, en relation avec les autres disciplines (sciences sociales, art, etc.) et les autres sciences religieuses, afin de favoriser une meilleure connaissance des normes et valeurs islamiques dans le monde académique, mais aussi dans le débat public. À cet égard, une telle approche rappelle celle réalisée au sein de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg avec la création, à compter de la rentrée universitaire de 2010, d'un master d'islamologie en deux ans⁸. La création de ce master, dont le nombre d'étudiants ne cesse de croître, témoigne d'un réel besoin existant en termes de formation et de recherche dans le champ universitaire français.

Dans le cas de l'expérience allemande, en réponse au rapport du Conseil pour la science, douze projets ont été élaborés par des universités en relation avec les autorités des *Länder*. Le ministère fédéral de l'enseignement supérieur et de la recherche a décidé d'en soutenir trois lors de la phase de démarrage, en demandant cependant aux universités de Münster et d'Osnabrück de s'associer. Le gouvernement fédéral versera ainsi seize millions d'euros sur cinq ans, période au terme de laquelle une évaluation sera menée.

C'est dans ce contexte d'institutionnalisation progressive de l'islam en Allemagne qu'intervient la signature de ces deux accords qui constituent cependant une étape importante.

Si ces accords, signés avec trois associations musulmanes et alevis, ne peuvent être compris qu'en les inscrivant dans le cadre de la philosophie allemande des relations entre les collectivités religieuses et l'État, ils n'en constituent pas moins une étape nouvelle dans la reconnaissance juridique du culte musulman en Allemagne. Leur portée n'est pas sans intérêt pour le juriste français de droit des religions.

8. Pour une présentation du master et des choix réalisés pour la maquette pédagogique, voir T. Rambaud, 2012, «Aux confins de l'islamologie et du Droit constitutionnel: la nécessaire prise en considération des principes du Droit public musulman dans le champ des études du Droit constitutionnel», *Mélanges Francis Messner*.

Un accord symptomatique de la philosophie allemande des relations entre les collectivités religieuses et l'État qui marque une étape nouvelle dans la reconnaissance juridique du culte musulman en Allemagne

L'accord constitue une nouvelle illustration de la coopération institutionnalisée en droit allemand des religions. Sa portée est cependant nouvelle.

L'instauration d'une « coopération institutionnalisée » dans le cadre du droit allemand des relations entre les collectivités religieuses et l'État

Comprendre la spécificité allemande du droit des relations entre les cultes et l'État (*Staatskirchenrecht*) implique d'une part, de saisir l'importance de l'insertion de ce droit dans le contexte très particulier que représente la Loi fondamentale et d'autre part, de souligner le rôle essentiel tenu par l'organisation de l'État allemand en Länder. Ces derniers signent des conventions avec les principales collectivités religieuses.

Le droit allemand des relations entre les collectivités religieuses et l'État trouve son origine dans la constitution de Weimar du 11 août 1919. La Loi fondamentale de Bonn ne fait qu'« incorporer » les articles 136 à 139 et 141 de la constitution de Weimar de 1919. La Loi fondamentale de Bonn oblige l'État à garantir la neutralité religieuse, en interdisant notamment l'Église d'État.

À l'origine, en 1919, devant l'Assemblée nationale constituante de Weimar⁹, s'est posée la question de la nécessité d'un véritable dispositif de réglementation du droit des relations entre les Églises et l'État en plus des garanties initialement fixées relatives à la protection des droits fondamentaux dans le premier projet d'Hugo Preuss. Finalement, fruit d'un compromis, il fut décidé, principalement pour mettre un frein aux tentatives trop ouvertement séparatistes de certains Länder¹⁰, d'adopter, dans la Constitution, les principaux axes d'un dispositif dont l'objectif était de ne pas reproduire les expériences

9. Sur la constitution de Weimar, G. Anschütz, 1968 (1933), *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Verlag Dr. Max Gehlen, art. 137 et s.

10. Comme la Saxe ou la Prusse.

américaine et française de séparation des Églises et de l'État¹¹ qui apparaissaient comme trop radicales dans la rupture qu'elles opéraient avec les principales églises chrétiennes.

Il fallait aux yeux des membres de l'Assemblée nationale constituante, totalement déconfessionnaliser l'État, le rendre indépendant et non plus soumis aux pressions confessionnelles. La technique juridique la plus appropriée était naturellement celle de la séparation des cultes et de l'État. Cependant, sur ce point comme sur bien d'autres aussi, réagissaient avec beaucoup de vigueur les 91 députés centristes, les 44 nationaux-allemands et les 23 « populistes » qui, non seulement, refusaient une stricte séparation mais, bien plus, arguaient de ce que la constitution devait contenir les principales dispositions d'un « droit civil ecclésiastique » (*Staatskirchenrecht*) favorable au maintien du statut de droit public, avec les divers avantages l'accompagnant, pour les grandes Églises. Il n'était pas question de les cantonner dans la simple sphère privée.

La solution finalement adoptée apparaît donc comme une solution de compromis : à la Constitution fédérale revient la détermination des principes fondamentaux du droit des relations entre les Églises et l'État, aux Länder l'adoption des lois devant les mettre en œuvre dans le respect des directives énoncées par le Reich.

Le dispositif adopté s'explique par le caractère fédéral de l'État. Certes, la compétence des Länder est reconnue, mais celle-ci intervient dans le respect des principes fondamentaux posés par le constituant fédéral.

L'essentiel de ce dispositif, conçu à l'époque comme essentiellement provisoire, fut repris par la Loi fondamentale de Bonn.

La Loi fondamentale allemande « incorpore » donc le dispositif weimarien en reprenant, pour l'essentiel, les dispositions consacrées au droit des relations entre les Églises et l'État (articles 136 à 139 et 141 de la Loi fondamentale de Bonn). Technique originale en droit constitutionnel, l'incorporation renvoie à la reprise explicite d'un régime établi par une constitution antérieure. L'article 140 de la Loi fondamentale dispose ainsi : « Les dispositions des articles 136, 137, 138, 139 et 141 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 [...] font partie intégrante de la présente Loi fondamentale. » Cette reprise dans les dispositions finales et transitoires de la Loi fondamentale résulte d'un compromis¹². Devant

11. E. Vermeil, 1923, *La constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande, essai d'histoire et de psychologie politiques*, Strasbourg, Strasbourg, Istra et Oxford University Press : 186 et s.

12. P. Badura, 1995, « „Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts“, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts », in *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Zwei Auflage, Duncker Humblot : 236-240.

l'impossibilité de trouver une nouvelle formulation, les constituants ont préféré « incorporer » le dispositif adopté à Weimar.

Deux remarques s'imposent au préalable :

- toutes les dispositions n'ont pas été reprises¹³ ;
- les dispositions reprises ont valeur constitutionnelle au même titre que n'importe quelle autre disposition constitutionnelle. Ainsi, elles doivent être conciliées avec d'autres « principes ou règles à valeur constitutionnelle », elles s'inscrivent dans un ensemble et l'élément qu'elles représentent doit être lu à la lumière du tout, du principe directeur régissant et donnant son sens au texte constitutionnel¹⁴.

C'est dire l'importance à accorder à l'étude des techniques d'interprétation et, notamment, à l'attitude de la cour Constitutionnelle de Karlsruhe¹⁵ lorsque cette dernière est tenue de concilier le dispositif institutionnel établi à l'article 140 de la Loi fondamentale avec les articles de la première partie relative à la protection des droits fondamentaux¹⁶.

Cette reprise ne s'explique pas tant par la nécessité de garantir des avantages matériels et financiers aux principaux cultes que par la volonté des rédacteurs de la Loi fondamentale de souligner le rôle primordial tenu par les Églises chrétiennes, pour l'essentiel, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et de l'effondrement du III^e Reich débouchant sur un vide institutionnel et une crise morale sans précédent¹⁷. Cette influence considérable dans la vie sociale et publique allemande va être institutionnalisée par le biais du droit constitutionnel allemand.

Ce rôle tenu par les Églises peut s'énoncer en trois points :

- un rôle matériel qui consiste en une contribution à la reconstruction de ce qui allait devenir la République fédérale d'Allemagne ;
- un rôle de médiateur ou de relais, les autorités d'occupation s'appuyant sur les grandes Églises pour encadrer les populations locales. Il s'agit

13. L'article 149, alinéa 3 sur les facultés de théologie et l'article 146, alinéa 2 sur les écoles confessionnelles publiques n'ont pas été repris dans la Loi fondamentale.

14. BVerf GE 53, 366 (400), décision du 2nd Sénat du 25 mars 1980.

15. M. Fromont, « La Cour constitutionnelle de Karlsruhe et le droit », *Droits* n°11: 119 et s.

16. Voir, par exemple, BVerf GE, 33, 23-30, décision du 2nd Sénat du 11 avril 1972; BVerf GE 19, 129, décision du 1^{er} Sénat du 4 octobre 1965.

17. M. Manaler, 1987, « Églises et conscience nationale en Allemagne », *Revue française de science politique*, vol. 37: 346 et s.

- tant de transmettre les informations de base que d'accompagner ou de diffuser les ordres transmis par les autorités d'occupation¹⁸ ;
- un rôle « d'instance de légitimation morale ». Dans un désert moral et idéologique marqué par la perte de tous les repères sociaux et culturels, les Églises ont contribué à redonner du sens à une société déstructurée et en proie aux angoisses de sa conscience collective¹⁹. Certains ont même évoqué l'idée d'un « système dyarchique »²⁰ dans lequel les Églises et l'État seraient les deux autorités de tutelle chargées d'assurer et de garantir le bien public. Cette dimension fondamentale renvoie à l'« *Öffentlichkeitsauftrag* »²¹ (mission dans la sphère d'intervention publique) des Églises et souligne leur rôle dans la vie publique et sociale allemande.

La Loi fondamentale de Bonn en incorporant le dispositif retenu à Weimar, loin de conférer des avantages d'une époque révolue, celle de la *Staatskirchenhoheit*, traduit sur le plan institutionnel cette mission culturelle et sociale des Églises.

Néanmoins, « alors même que deux constitutions disent la même chose (même réglementation), cette chose peut avoir un sens différent (dans les deux constitutions) » (« *Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe*²² ») ; c'est par ce propos provocateur de R. Smend qu'il semble intéressant d'envisager les sources constitutionnelles du droit des collectivités religieuses sous la loi fondamentale de Bonn. Un tel constat renvoie à l'idée fort justement soulignée par Hans Peter²³ que la problématique constitutionnelle

18. Sur la zone d'occupation française, voir C. Baganski, 1997, La politique religieuse de la France en Allemagne occupée de 1945 à 1949, Lille, Presses universitaires du Septentrion : 344 p.

19. W. Huber, *Kirche und Staat in der Bundesrepublik, Deutschland in das Zeugnis der Kirche in den Staaten der Gegenwart*, cité par F. Hartweg, 1982, « Les Églises, forces politiques en Allemagne », Paris, *Pouvoirs*, n° 22 : 200 p.

20. W. Huber et H. Mauer, 1974, « Die Kirchen », in R. Lowenthal et H.P. Schwarz (éd.), *Die zweite Republik*, Stuttgart : 494-515.

21. Pour l'analyse de l'apparition de ce concept en droit public allemand, voir R. Smend, 1955, « À propos du problème du public et de l'espace public (*Öffentlichkeit*) », *Droits*, n° 22 : 163-175.

22. R. Smend, « Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz », *ZevKR* 1 (1951) : 4 ; voir également, en rapport avec l'article de R. Smend, le commentaire avec la distance critique M. Heckel, 1973, « Staat und Kirchen in der Bundesrepublik. Staatskirchenrechtliche Aufsätze 1950-1967 », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 18 : 22-61 et plus particulièrement 32-36.

23. H. Peters, 1954, « Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts », *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, H. 11 : 177-214.

ne peut être comprise qu'à travers ses fondements sociologiques et naturels (au sens d'un droit pré-juridique). Or, en 1949, pour des raisons politiques et juridiques, la Loi fondamentale ne peut pas être lue comme la constitution de Weimar. La rupture opérée par celle-là s'analyse comme un changement radical de paradigme, c'est-à-dire une conversion de l'entendement²⁴.

La rupture constituée par la Loi fondamentale de Bonn a été clairement analysée par la doctrine qui a compris qu'à la lumière du « contexte de sens » opéré par la Loi fondamentale de Bonn, il n'est plus possible de lire de la même manière un dispositif de *Staatskirchenrecht*, qui a pourtant formellement été repris de la Constitution du 11 août 1919. Ce « changement de signification » s'explique pour l'essentiel par l'insertion du dispositif classique de droit des relations Églises-État dans ce « contexte de sens » particulier qu'est la Loi fondamentale de Bonn. Cette dernière conditionne l'application de l'article 140 de la Loi fondamentale.

Le « changement de signification » intervient dans un contexte plus général qui est celui de la signification et de la portée même de la Loi fondamentale de Bonn. Cette dernière forme un tout. Toute application préalable d'une disposition de celle-ci suppose une interprétation dont les deux principes directeurs sont d'une part, l'unité de la Constitution et d'autre part, le sens téléologique de cette dernière.

Le premier principe d'interprétation est le principe « d'unité de la constitution » (*die Einheit der Verfassung*) qui, « outre une fonction herméneutique, constitue une véritable méthode d'interprétation²⁵ ». Dans un jugement du 23 octobre 1951 sur la réorganisation des Länder, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'« une disposition de la Constitution ne peut pas être considérée isolément ni être interprétée uniquement à partir d'elle-même. Celle-ci forme avec les autres dispositions un “contexte de sens” qui représente une unité interne. Il résulte de l'ensemble de la Constitution certains

24. Terme que l'historien des révolutions scientifiques Thomas Kuhn a défini « comme un ensemble de propositions formant une base d'accords à partir de laquelle se développe une tradition de recherche scientifique. Le terme désigne à la fois la vision, les théories qui s'y inscrivent, les problématiques qui en découlent et les techniques qui les appliquent; cet ensemble de concepts qui vont des plus pratiques aux plus abstraits est admis par la communauté scientifique à laquelle ils fournissent un langage commun. Lorsque des observations répétées jettent le doute sur un paradigme, qu'il ne semble plus en mesure de rendre compte de la réalité, il est remplacé par un autre paradigme qui fournit une autre présentation ».

25. O. Jouanjan, 1992, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. Droit positif.

principes et décisions fondamentaux auxquels est subordonnée chacune des dispositions constitutionnelles.» Ce principe d'interprétation, régulièrement rappelé par le juge constitutionnel²⁶, a été repris par la Cour administrative fédérale²⁷ et la Cour fédérale de justice qui parle de «l'unité indivisible de la Loi fondamentale»²⁸.

Le second principe d'interprétation qui va guider l'analyse du droit allemand des religions sous la Loi fondamentale de Bonn est celui, déjà évoqué à plusieurs reprises, selon lequel la Loi fondamentale représente un «contexte de sens». Elle postule un ordre, un système de valeurs. Elle n'est pas neutre sur le plan axiologique car elle implique que le contenu d'ensemble de la Constitution dérive de «principes constitutionnels fondamentaux» et que c'est, en dernier ressort, à ceux-ci que doit être conforme l'interprétation des autres normes constitutionnelles. Au sommet du système de valeurs établi par la Loi fondamentale, figure le principe de dignité de la personne humaine²⁹ (art. 1^{er}, al. 1) et le principe de libre développement de la personnalité (art. 2, al. 2). Ces principes constituent le soubassement de l'ordre juridique allemand et ne peuvent pas faire l'objet d'une révision de la Constitution. Ils forment d'une certaine manière un droit pré-juridique qui détermine l'interprétation de toutes les autres dispositions constitutionnelles. Ainsi, la cour supérieure de Hesse, dans un arrêt du 27 octobre 1965³⁰, a considéré que la liberté religieuse découlait des deux principes ci-dessus. L'ensemble du droit des relations entre les Églises et l'État va devoir être interprété à la lumière du principe de dignité de la personne humaine et de celui de libre développement de la personnalité. Ces droits n'ont jamais autant mérité le qualificatif de fondamentaux: ils «fondent» non seulement la société politique allemande mais bien plus, tout l'ordre juridique.

Désormais, inséré au sein d'une Constitution instituant fondamentalement un ordre constitutionnel, libéral et démocratique, l'article 140 doit être lu en mettant l'accent sur un principe directeur nouveau: l'*Eigenständigkeit*, c'est-à-dire la mission particulière des Églises, leur pleine réalisation en tant

26. BVerf GE, 34, 165 (183), décision du 1^{er} Sénat du 6 décembre 1972; BVerf GE, 44, 37 (50), décision du 1^{er} Sénat du 8 février 1977.

27. BVerw GE, 18 (137), arrêt du 13 mars 1964.

28. BGH Ziv, 38 (317 sq.), arrêt du 24 octobre 1962.

29. M. Fromont, 1975, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA», *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas: 49; C. Starck, 1988, «La jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant les droits fondamentaux», *RDP*: 1263.

30. ESVGH 16: 1 et s.; *Die öffentliche Verwaltung* 1966: 51 et s.

qu'instance de légitimation d'un nouvel ordre public et social. Dans une société ouverte (au sens de Karl Popper), les Églises ont un rôle de premier plan à tenir dans la réalisation du bien-être social et collectif. Elles ont une prétention à agir dans l'espace public. Institutionnellement, une telle prétention se manifeste par la reconnaissance d'un statut de droit public octroyé dans le cadre du droit des États fédérés dans le respect des prescriptions de la Loi fondamentale allemande.

Le principe de «coopération institutionnalisée» est au centre du droit constitutionnel allemand des relations entre les cultes et l'État. Cependant, son appréhension n'est pas aisée pour un juriste habitué à raisonner dans les arcanes institutionnels de la laïcité. Celle-ci s'effectue par le biais du droit public. C'est le recours à ce dernier qui va institutionnaliser cette logique de coopération et d'entente mutuelles. Cependant, il convient de ne pas se méprendre: droit public ne signifie pas «droit étatique» car, dans un État neutre, les cultes ne peuvent pas être intégrés à l'administration d'État. La signification en est autre.

La manifestation la plus probante de ce principe de coopération institutionnalisée réside dans l'octroi d'un statut de corporation de droit public aux collectivités religieuses et dans le recours au droit conventionnel par les Länder qui signent des accords avec les principales collectivités religieuses pour régir les matières mixtes ou d'intérêt commun.

L'octroi d'un statut de corporation de droit public relève de la législation des Länder. Selon le Land, l'autorité compétente pour octroyer ce statut va varier: il s'agit soit du législateur (Brême, Nord-Westphalie), soit de l'administration. En cette dernière hypothèse, l'autorisation peut revêtir la forme d'un règlement administratif (*Rechtsverordnung*) comme à Hambourg, d'une décision du gouvernement d'un Land comme à Berlin ou en Basse-Saxe ou d'une simple autorisation du ministre des cultes (Bavière). L'acte adopté est alors un acte administratif susceptible d'un recours devant les juridictions administratives. En l'espèce, l'accord signé avec la ville-État de Hambourg ne se prononce pas sur cette question de la reconnaissance du statut de corporation de droit public aux trois associations musulmanes et alevites.

Le contenu des accords signés

Le Sénat de la ville-État de Hambourg a signé, le 14 août 2012, deux accords avec des associations musulmanes et alevites. À cet égard, il recourt à une technique juridique essentielle en droit allemand des religions, celle du droit

conventionnel³¹. Titulaires d'une compétence de droit commun pour régir les sujets religieux, les Länder peuvent recourir à la signature d'«accords» pour régler les matières d'intérêt commun avec les autorités confessionnelles compétentes³². Ces accords doivent être ratifiés par le parlement du Land. Ils ont pris une acuité nouvelle après la réunification allemande. Le professeur Alexander von Hollerbach a même évoqué une «phase de floraison et de renouveau du droit conventionnel»³³, dans la mesure où trois des cinq constitutions des nouveaux Länder mentionnent explicitement le droit conventionnel comme source du droit des relations entre les collectivités religieuses et l'État. C'est le traité du 15 septembre 1993 conclu entre le Land de Saxe-Anhalt avec les Églises protestantes (*Wittemberger Kirchenvertrag*) qui inaugure cette phase de renaissance du droit conventionnel.

Ces accords sont signés avec l'Église catholique, les Églises protestantes, mais également avec la communauté juive. Avec ces dernières, des accords ont été signés dans les Länder de Thuringe, de Saxe-Anhalt et de Saxe.

À cet égard, les deux accords commentés s'inscrivent dans cette logique conventionnelle. La grande nouveauté réside néanmoins dans le fait qu'ils sont signés avec des associations émanant de la communauté musulmane. Certes, celles-ci ne peuvent être considérées comme représentant toute la communauté musulmane, mais aux yeux des pouvoirs publics du Land, il existe une présomption importante de représentativité. Elles sont jugées comme étant suffisamment représentatives de la communauté musulmane. On le sait, l'absence de hiérarchie sacerdotale claire au sein de la religion musulmane, en particulier dans sa branche sunnite, est à l'origine de nombreuses difficultés tant pour la communauté religieuse elle-même que pour les pouvoirs publics qui ont souvent du mal à identifier un interlocuteur unique suffisamment représentatif. Ceci rend d'autant plus remarquable la signature de ces accords. Ainsi, l'accord avec les deux communautés musulmanes comporte treize articles qui couvrent plusieurs sujets communs, comme les jours fériés (art. 3), le cours de religion (art. 6), les lieux de culte et la construction de nouvelles mosquées (art. 9), les lieux de sépulture ou encore les rites funéraires (art. 10).

31. F. Messner, 1989, «Le droit conventionnel entre les Églises et l'État en RFA», in *Praxis juris religio*, 6: 61 et s.

32. On notera néanmoins que quelques accords ont pu être signés avec le *Bund*: comme le Concordat du 20 juillet 1933 avec l'Église catholique et l'accord du 22 février 1957 avec l'Église évangélique pour l'organisation de l'aumônerie dans l'armée fédérale.

33. A. von Hollerbach, 1995, *Vertragstaatskirchenrecht als Instrument im Prozess der deutschen Wiedervereinigung*, Kur 1.

Les deux points principaux de l'accord concernent la reconnaissance de jours fériés et l'instauration d'un cours de religion islamique.

Sur le premier point, cette reconnaissance officielle permet aux agents et salariés musulmans désireux de respecter cette fête religieuse de le faire de manière tout à fait officielle et déclarée.

Les jours reconnus sont l'*Aïd al-Adha* (fête du sacrifice), l'*Aïd el-Fitr* (fin du ramadan) et le jour de l'*Achoura* (jour de deuil). Les écoliers pourront également bénéficier de ces trois jours fériés, mais se verront, au terme de l'accord, dans l'obligation de rattraper les cours manquants.

En revanche, l'accord ne dit rien au sujet de l'octroi éventuel du statut de corporation de droit public à une association musulmane.

Rappelons à cet égard que la manifestation la plus probante du principe de «coopération institutionnalisée» en droit allemand réside dans l'octroi d'un statut de corporation de droit public aux collectivités religieuses. La reconnaissance de ce statut de corporation soulève, pour le juriste de droit public, de nombreuses interrogations, tant du point de vue de la théorie du droit administratif que de sa signification en droit des relations entre les cultes et l'État. De l'interprétation à donner à ce qui, selon Rudolf Smend³⁴, ne se résume pas à un *rätselfhaften Ehrentitel* (titre honorifique), découle le principe directeur du droit civil ecclésiastique allemand.

On se propose de définir la collectivité religieuse au statut de corporation de droit public comme la corporation qui, sans être intégrée au sein de l'administration d'État ni remplir une mission étatique, bénéficie néanmoins d'un régime de droit public et, à ce titre, exerce la «puissance publique».

De la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, il ressort que l'octroi du statut de corporation de droit public revêt une triple portée:

- la séparation allemande des Églises et de l'État n'est pas radicale. La constitution allemande maintient des garanties institutionnelles pour les collectivités religieuses;
- le statut de corporation de droit public tend à souligner et à reconnaître fondamentalement le rôle public et social des principales confessions religieuses;
- le statut de corporation de droit public présuppose un rapport de coordination entre deux puissances souveraines. En octroyant un tel statut, l'État entend coopérer avec la collectivité religieuse.

34. «Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz», *Zev KR* 1 (1951).

L'octroi d'un statut de corporation de droit public relève de la législation des Länder. Selon le Land, l'autorité compétente pour octroyer ce statut va varier: il s'agit soit du législateur (Brême, Nord-Westphalie), soit de l'administration. En cette dernière hypothèse, l'autorisation peut revêtir la forme d'un règlement administratif (*Rechtsverordnung*) comme à Hambourg, d'une décision du gouvernement d'un Land comme à Berlin ou en Basse-Saxe ou d'une simple autorisation du ministre des cultes (Bavière). L'acte adopté est alors un acte administratif susceptible d'un recours devant les juridictions administratives.

La logique de coopération s'illustre pleinement dans les conditions d'obtention d'un tel statut. Sur ce point, il convient de distinguer les conditions explicites, formelles énoncées à l'article 137, par. 5, alinéa 2 GG des conditions implicites et subjectives (loyauté envers l'État).

Les conditions explicites

Le rapport de coordination et de coopération entre deux puissances souveraines implique que chaque partenaire puisse se fier à son interlocuteur. L'État, qui confère certaines garanties, entend dialoguer et coopérer avec des partenaires fiables, qui ne sont pas appelés à disparaître immédiatement. À cette fin, le droit constitutionnel allemand exige une garantie de durée qui se manifeste par l'exigence d'un nombre minimal d'adhérents et par la constitution (au sens de statut organique). Seule cette dernière condition soulève quelques difficultés dans la mesure où, en droit administratif allemand, le vocable de *Verfassung* reste un peu imprécis.

-la « constitution » (*die Verfassung*)

L'État, qui coopère avec une collectivité religieuse, entend se fier à un organe représentatif. Il faut un interlocuteur clairement identifiable par les autorités administratives. Cette exigence se justifie par la nécessité de mettre en œuvre de manière ordonnée les principaux droits conférés par le statut de corporation de droit public. Ce terme de « *Verfassung* » est quelque peu obscur et la définition en est délicate. Il semble, néanmoins, qu'il résulte tant de la pratique administrative que de la jurisprudence la nécessité d'une structure interne telle que la collectivité religieuse ainsi constituée dispose d'un organe susceptible de parler pour elle. Ainsi, ce qui est exigé n'est pas seulement une représentation externe, mais bien plus une capacité, de la part de cet organe, décider de manière contraignante et authentique de la doctrine et de l'organisation de cette collectivité. Cet organe doit pouvoir décider pour l'avenir.

Cette dernière condition constitue jusqu'à présent un obstacle à la reconnaissance aux associations musulmanes d'un statut de corporation de droit

public. En effet, l'absence d'instance représentative (le droit musulman ne connaît pas de hiérarchie sacerdotale) et d'organe institué constitue un obstacle de taille à l'intégration juridique de l'islam.

Les conditions implicites

À ces conditions formelles s'ajoutent des conditions implicites et subjectives non directement énoncées par le texte constitutionnel. Pour obtenir le statut de corporation de droit public, la collectivité religieuse doit non seulement ne pas contrevenir aux lois et à l'ordre public en général (ainsi des associations qui tomberaient sous le coup de l'article 9, par. 2 de la Loi fondamentale³⁵, interdiction des associations contrevenant aux lois pénales et à l'ordre constitutionnel), mais surtout être loyale à l'État. Dans deux arrêts du 19 décembre 2000³⁶, la Cour constitutionnelle fédérale a admis le principe de conditions implicites, certes non directement mentionnées dans le texte de la Constitution, à l'octroi d'un tel statut de droit public. Cette exigence se justifie par l'insertion du dispositif weimarien dans le « contexte de sens » que représente la Loi fondamentale de 1949. Ainsi, pour bénéficier du statut de corporation de droit public, une collectivité religieuse doit « respecter les principes constitutionnels fondamentaux insérés dans l'article 79 Abs 3 de la Loi fondamentale, ne pas contester les droits fondamentaux de la personne reconnus et protégés par l'État³⁷ et les principes fondamentaux du droit civil ecclésiastique allemand énoncés dans la Loi fondamentale ». Par ce considérant de principe (n° 83), la Cour constitutionnelle rappelle quelles sont les obligations fondamentales que doit respecter une collectivité religieuse désireuse de jouir des prérogatives de droit public qu'offre le statut de corporation de droit public. En revanche, dans les considérants 92 à 94, la Cour constitutionnelle refuse, au nom du principe de neutralité, l'exigence d'une loyauté de l'État. Le statut de corporation de droit public doit contribuer à renforcer le droit d'autodétermination des collectivités religieuses et la liberté religieuse,

35. Art. 9, par. 2 : « Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples sont prohibées. »

36. BVerf GE 102, 370, *NJW* 2001 : 429 ; note A. von Campenhausen, *ZevKR* 46 (2001) : 165 et s.

37. Sur ce point, voir l'arrêt de la Cour administrative fédérale, *BVerwG, Urt. V.17. 5. 2001 -7C 1/01*. La Cour considère que l'Association des témoins de Jéhovah peut bénéficier du statut de corporation de droit public dans la mesure où elle respecte les principes fondamentaux rappelés par la Cour constitutionnelle dans ses deux décisions du 19 décembre 2000. Elle reconnaît que les membres de l'Association, malgré leur conception particulière en matière d'éducation, ne portent atteinte ni aux droits fondamentaux des enfants au libre développement de leur personnalité ni à la mission particulière qui incombe à l'État en matière éducative, *NVwZ* 2001, 8 : 926.

et non à contraindre les collectivités religieuses d'adhérer de manière positive aux valeurs défendues par l'État allemand. Dans le cas d'espèce, la Cour constitutionnelle relève que les griefs relevés à l'encontre des témoins de Jéhovah ne font pas obstacle à ce que le statut de corporation de droit public leur soit conféré.

De ce principe, il découle nécessairement que toute association religieuse qui ne respecterait pas les droits fondamentaux ou le principe d'égalité, notamment entre l'homme et la femme, ne pourrait pas obtenir un statut de corporation de droit public. Il en irait de même pour une association qui viserait à faire inscrire dans la Loi fondamentale allemande une disposition selon laquelle, sur le modèle des États islamiques³⁸, la *Charî'a*³⁹ doit désormais être à la source de tout l'ordonnancement juridique. De telles associations islamistes ne peuvent pas obtenir le statut de corporation de droit public dans la mesure où elles ne respectent pas le principe constitutionnel de neutralité de l'État⁴⁰.

En l'espèce, les deux accords précisent explicitement leur attachement à des valeurs communes fondamentales. Si l'on considère également remplies les conditions explicites posées à l'octroi d'un statut de corporation de droit public aux associations musulmanes signataires, on peut logiquement en déduire que ces accords leur ouvrent la voie à la reconnaissance d'un statut de droit public. Il conviendra alors de s'inscrire dans le cadre des conditions posées par la législation de la ville-État de Hambourg relatives au statut des collectivités religieuses dans le Land.

L'accord stipule également en son article 12 qu'il devra être interprété et appliqué non seulement avec bonne foi, mais également dans un esprit de concorde réciproque (*Freundschaftsklausel: Die Vertragsparteien werden in Zukunft auftretende Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung dieses Vertrages soweit möglich einvernehmlich klären*).

38. Sur la notion d'État islamique, voir S. Jahel, 1999, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie saoudite », dans les *Constitutions des Pays arabes*, Bruxelles, Bruylant : 62 et s.

39. La *Charî'a* correspond à la Loi divine, c'est à dire à l'ensemble des règles voulues par Dieu et révélées aux hommes. Il s'agit donc de la « voie à suivre », de la Loi révélée par opposition au *fiqh* qui renvoie au droit musulman comme science juridique (ensemble des conséquences dérivant du donné révélé).

40. S. Muckel, « Muslimische Gemeinschaften als KöR », *op. cit.*

Un accord important dans le processus d'institutionnalisation de l'islam en Allemagne, mais également en France

En droit comparé, il convient toujours d'aborder avec prudence l'étude d'une institution ou d'une règle juridique étrangère lorsqu'on s'interroge sur sa réception dans un autre ordre juridique.

En effet, un des postulats fondamentaux de la Science du Droit comparé réside dans le fait que tous les droits étudiés sont admis comme constituant de « véritables systèmes juridiques » en dépit de leurs différences de contenus, lesquelles peuvent *a priori* se révéler infinies. La reconnaissance du comparatisme signifie donc que le droit est désormais perçu comme étant par essence un phénomène pluriel, divers et éclaté, puisque des droits, acceptés véritablement comme tels, sont en même temps « reconnus comme étrangers les uns aux autres ». Ce postulat entraîne une conséquence sur la définition même du droit : il ne peut désormais plus se définir par son contenu, puisque que tous ces droits divers sont tributaires de volontés autonomes qui sont celles des autorités souveraines posant puis appliquant ces droits. Otto Pfersmann souligne ainsi « que le droit comparé n'est pas un ordre juridique du tout, mais une discipline. Il suppose une pluralité d'ordres juridiques entre lesquels on établit des comparaisons ; et s'ils sont plusieurs ils ne peuvent trivialement pas former en ce sens un seul »⁴¹. Il n'existe pas d'ontologie du droit comparé.

Le droit comparé ne peut pas être assimilé à un « système juridique » ou à un « ordre juridique » en ce qu'il impliquerait l'existence d'un ordonnancement normatif avec au sommet une norme fondamentale qui poserait les conditions de validité de toutes les normes qui lui seraient inférieures.

Dans cette conception, le droit comparé risque de se priver d'objet ou de raison d'être, dans la mesure où aussitôt admise la juridicité des droits à comparer, la comparaison tend à perdre sa justification. Dès lors que les droits se caractérisent quant à leur contenu, par l'autonomie ou même la souveraineté des volontés qui les posent, ils sont par essence ou nécessairement différents, puisqu'il n'y a par hypothèse aucune raison qu'une volonté souveraine puisse en droit s'imposer à une autre volonté souveraine. Si deux droits se ressemblent, selon cette conception positiviste, ce ne peut être que sous l'effet d'une influence non juridique puisque le droit se tient entièrement dans la loi

41. O. Pfersmann, 2001, « Le Droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2 : 277.

intégralement délibérée et posée par le souverain qui, juridiquement, n'est pas sous influence normative. Dans de telles conditions, les ressemblances, qui peuvent exister entre deux droits que l'on entend comparer, ne peuvent qu'être le produit du hasard ou d'un aléa. Les ressemblances ne peuvent s'opérer que sous l'effet d'influences ou de déterminismes politiques, économiques, sociaux ou culturels. Ce sont des facteurs extra-juridiques.

C'est à la lumière de ces précautions méthodologiques que l'on souhaiterait à présent envisager la portée de ces accords signés pour les juristes français de droit des religions.

Cet apport se situe à plusieurs niveaux : la possibilité de concilier principe de séparation des cultes et de l'État et droit conventionnel, la représentation institutionnelle de l'Islam et le recours éventuel au droit conventionnel en France.

Le recours au droit conventionnel dans un régime juridique de séparation des collectivités religieuses et de l'État

En 2004, une des questions les plus controversées lors de l'élaboration du projet de « Constitution européenne » au sein de la Convention pour l'avenir de l'Europe fut celle de la référence à l'héritage chrétien de l'Europe. Les autorités françaises ont clairement manifesté leur refus d'une telle mention. La position française suscita une incompréhension manifeste en Allemagne, pays dans lequel la religion occupe une place certaine dans la vie publique et sociale.

Cette incompréhension entre la France et l'Allemagne renvoie à deux conceptions divergentes de la religion dans l'espace public.

Pour bien en saisir la portée, il importe de rappeler que la doctrine identifie en général trois modèles de relations entre les cultes et l'État dans l'Europe communautaire⁴² : le modèle des Églises d'État (Angleterre, Danemark, Finlande), les régimes de séparation dits « stricts » (France, Pays-Bas, Irlande) et les régimes dits de « séparation-coopération » (Allemagne, Belgique, Autriche, Espagne, Italie, etc.). La dernière catégorie est souvent mal comprise des juristes français qui, habitués à raisonner dans le cadre de la laïcité, tendent à assimiler « séparation » et « loi de 1905 », « séparation » et « sphère privée ». La séparation des cultes et de l'État impliquerait le recours nécessaire au droit privé et à l'interdiction des subventions cultuelles. Or, une analyse

42. G. Robbers, *Rapport final d'État et Église dans l'Union européenne*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft : 349 et s.

de la littérature juridique étrangère, notamment allemande⁴³, autrichienne et belge, témoigne de l'utilisation du terme de « séparation » pour qualifier des régimes culturels qui recourent au droit public comme au droit conventionnel. Dans ces conditions, ne convient-il pas de s'interroger sur la définition d'un principe de séparation des cultes et de l'État irréductible à la seule illustration qu'offre le modèle français ? À cet égard, le modèle allemand constitue un instrument tout à fait pertinent, car il concilie la reconnaissance d'un régime de séparation avec la mise en place d'institutions de droit public qui, en tant que telles, ne violent pas le principe de neutralité de l'État. Notons, dès à présent, que l'on peut définir le principe de séparation des cultes et de l'État comme « un type juridique de relations entre les cultes et l'État dans lequel celui-ci, neutre d'un point de vue confessionnel, n'accorde aucun traitement particulier, favorable ou défavorable, à l'un d'entre eux et garantit leur pleine liberté institutionnelle d'organisation et de fonctionnement »⁴⁴. Or, le droit allemand des relations entre les cultes et l'État (*Staatskirchenrecht*), qui trouve son fondement dans la Loi fondamentale de 1949, répond à ces critères. Dans le cadre d'un État neutre, il respecte la liberté de conscience et de religion des individus et des communautés religieuses. Les avantages, liés au bénéfice de la législation culturelle, sont ouverts à toutes les confessions religieuses et non pas, par conséquence, réservés aux seules Églises chrétiennes. Certes, en pratique, le constat est à nuancer, car certaines collectivités religieuses éprouvent davantage de difficultés à s'inscrire dans le cadre offert par la législation culturelle. Mais n'est-ce pas également le cas en droit français pour les « nouveaux mouvements religieux » et le culte musulman ? Par ailleurs, s'agissant de ce dernier, les autorités françaises témoignent d'un volontarisme, quelque peu empreint de gallicanisme, que ne partagent pas des autorités allemandes plus réservées.

Une illustration particulière de ce gallicanisme se retrouve dans le processus ayant conduit à la constitution du Conseil français du culte musulman en 2003.

43. A. von Campenhausen, 1996, *Staatskirchenrecht*, Munich, Verlag C.H. Beck : 393-400.

44. Sur cette définition et la démonstration conduite pour y parvenir, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage, 2004 *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse des régimes français et allemand*, LGDJ, Collection constitutionnelle et Science politique, tome 115.

La représentation institutionnelle du culte musulman

Constitué en 2002-2003⁴⁵, le Conseil français du culte musulman a pour objet la représentation au niveau national du culte musulman. Sa mission n'est que culturelle. Il n'a en effet pas pour mission d'intervenir sur l'ensemble des questions relatives à l'intégration des musulmans dans la société française, mais « se doit de défendre la dignité et les intérêts du culte musulman en France » (article 1^{er} des statuts adoptés en mai 2003).

Cependant, rapidement, des tensions surgirent entre les principales fédérations.

En 2011, alors que le conflit traînait depuis plusieurs années, le ministre de l'Intérieur de l'époque, Claude Guéant, a incité à la conclusion d'un accord entre les différentes composantes du CFCM sur une réforme du statut de ce dernier. Si la présidence de l'institution était visée au premier chef, une interrogation se faisait jour également sur le mode de représentativité de l'institution. Celui-ci dépend, en effet depuis l'origine, pour une large part de la surface des mosquées. Selon les termes de l'accord-cadre du 3 juillet 2011, l'élection des représentants de régions se fait à partir des mosquées et des salles de prières. Ils sont élus par des grands électeurs désignés par chaque édifice du culte en nombre proportionnel à la superficie des lieux de culte. Ainsi, au mois d'avril 2003, 995 lieux de culte (soit 75 % des mosquées et des salles de prières sollicitées pour les élections) ont ainsi désignés 4032 délégués⁴⁶. En ce qui concerne les organes dirigeants, le conseil d'administration du CFCM comprend des élus des régions, des représentants des fédérations, des représentants des grandes mosquées et des personnalités qualifiées. Il élit le bureau du CFCM au sein duquel toutes les composantes de la consultation sont représentées, c'est-à-dire les grandes fédérations, les grandes mosquées et des personnalités qualifiées. C'est ce modèle jugé trop favorable aux grandes fédérations au détriment des associations indépendantes de plus petite taille qui est aujourd'hui contesté. De son côté, la Grande Mosquée de Paris considère que son rôle historique est insuffisamment pris en compte dans ce schéma.

La plupart des membres actuels du CFCM se sont accordés fin 2011 sur un premier texte, espérant rallier, dans un second temps, l'Union des organisations

45. Un accord est intervenu le 20 décembre 2002 au château de Nainville-les-Roches entre les principales tendances de la communauté musulmane de France. Les fédérations, les grandes mosquées et les personnalités se sont entendues sur la répartition des postes au sein du bureau du CFCM. Elles ont ainsi avalisé le protocole d'accord signé le 9 décembre au ministère de l'Intérieur entre les trois grandes fédérations que sont la Mosquée de Paris, la Fédération nationale des musulmans de France (FNMF) et l'Union des organisations islamiques de France (UOIF), *Le Monde*, 22-23 décembre 2002 : 10.

46. *Le Monde*, 5 avril 2003.

islamiques de France (UOIF). Cette annonce a été perçue par les mosquées et associations indépendantes comme une volonté des grandes fédérations de s'associer contre elles. Elles furent par la suite rejointes par l'UOIF, qui a décidé de quitter l'instance en 2011. Ceci entraîna un rejet du premier projet. La Grande Mosquée de Paris a quitté le bureau exécutif du CFCM, le 11 juillet dernier. Depuis cette date, les deux représentants de la Grande Mosquée de Paris ne siègent plus à la direction du CFCM.

La réforme est actuellement bloquée. Manuel Valls, le nouveau ministre de l'Intérieur, a appelé à un « dialogue serein entre responsables du culte musulman et pouvoirs publics ». À cet égard, l'institutionnalisation des procédures de dialogue ayant conduit à la conclusion de l'accord en Allemagne constitue un précédent intéressant.

Un recours éventuel au droit conventionnel inspiré des expériences étrangères

Un tel recours pourrait s'inscrire dans le cadre de la politique menée actuellement par les autorités publiques en France qui, selon A. Ferrari, se présenterait davantage comme « un lieu de coordination plutôt que de séparation »⁴⁷. Selon l'auteur, les rapports entre l'État et les cultes évolueraient vers des relations contractuelles en dépit du principe de séparation, conçu à l'origine en opposition aux pratiques concordataires. Et l'auteur d'ajouter que « la politique contractuelle des pouvoirs publics semble en effet jouer un rôle central dans le processus de création et de mise en œuvre des normes juridiques ; et cela concerne aussi la réglementation des phénomènes religieux ». Ce recours au contrat, bien connu en droit public, s'inscrit plus globalement dans ce que le professeur J. Chevallier a qualifié de « droit post-moderne ». L'institution contractuelle en serait une manifestation particulièrement topique. Elle illustrerait un nouveau mode de gouvernance de la part des autorités publiques, mode de gouvernance davantage axé sur la négociation et la consultation que sur des rapports d'autorité d'essence hiérarchique. Comme l'écrit Elsa Forey dans sa thèse, « le droit post-moderne apparaît ainsi comme un "droit négocié", résultant d'une délibération collective, à laquelle prennent part les porte-parole représentatifs des divers intérêts sociaux »⁴⁸.

47. A. Ferrari, 1999, « Le "contrat" dans les relations entre cultes et administrations publiques en France : le paradigme scolaire », in S. Erbes Seguin (dir.), *Le contrat, Usages et abus d'une notion*, Bruges, Desclée de Brouwer : 81-82.

48. E. Forey, 2007, *État et institutions religieuses, contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses universitaires de Strasbourg : 347.

Certes, il reste un pas important à franchir entre « un droit juste négocié » et le droit conventionnel caractérisé par la conclusion de contrats en bonne et due forme, au sens évoqué précédemment, dans la mesure où le recours à une négociation et à une consultation en amont ne signifie pas pour autant que l'acte juridique qui en résultera disposera de la nature juridique d'un contrat, mais pourra tout aussi bien n'être qu'un acte unilatéral de droit public ou de droit privé.

Néanmoins, l'exemple des accords conclus entre État et collectivités religieuses, non seulement en Allemagne mais également en Italie et en Espagne, témoigne de la possibilité de régler de manière conventionnelle les relations entre l'État et les confessions religieuses sans méconnaître pour autant les principes de neutralité et de non-confessionnalité des autorités publiques. Sur ce point, l'expérience italienne rapportée par le professeur F. Margiotta-Broglio semble particulièrement éclairante de ce que de tels accords peuvent intervenir sur des « matières d'intérêt commun », dans un État déconfessionnalisé et séparé des Églises, notamment s'agissant de l'Église catholique, par les accords de la Villa madame conclus en 1984 qui ont révisé les accords du Latran de 1929. Il s'agit par le recours à la technique conventionnelle d'offrir un cadre juridique aux relations entre les Églises et l'État en énonçant clairement leurs droits et obligations respectifs⁴⁹.

Dans ses relations avec les collectivités religieuses, la République française pourrait envisager, dans le respect des principes constitutifs de la non-confessionnalité de l'État, du respect de la liberté de conscience et de culte et de la libre auto-détermination des collectivités religieuses, de recourir à des conventions de droit public interne qui seraient par nature adaptées aux besoins de chaque culte disposant d'une représentativité suffisante (nombre d'adhérents, structure représentative, respect de l'ordre public, etc.). En effet, tous les cultes ne sont pas dans la même situation et, par voie de conséquence, le respect du principe d'égalité implique, dans la mesure du possible, des traitements différenciés qui soient respectueux de la situation de chaque culte.

Ces conventions de droit public interne porteraient sur toutes les matières d'intérêt commun qui exigent, au nom des principes ci-dessus énoncés, un accord formel entre l'État et une confession religieuse particulière dans le respect des prérogatives de chacun des partenaires en présence.

49. 1996, « Quand le Saint-Siège signe des concordats », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 199 : 45-87.

Par ces conventions, l'État, sans conférer de prérogatives particulières à une collectivité religieuse déterminée ni n'en favoriser aucune en particulier⁵⁰, disposerait d'une technique juridique particulièrement adaptée à la libre administration de chaque collectivité religieuse.

Chaque collectivité religieuse dispose, en effet, de ses propres particularités et besoins, en fonction notamment de l'ancienneté de son implantation sur le territoire national. Ces accords n'auraient pas pour objectif, comme c'est le cas en Allemagne, de souligner la « mission publique » des confessions religieuses, mais simplement de donner une base juridique claire et aisément identifiable dans le respect des prérogatives de chacun des deux acteurs, à des questions d'intérêt commun comme la construction de lieux de culte ou le service d'aumôneries.

S'agissant de la mise en œuvre d'une liberté fondamentale, celle de la liberté de conscience et de culte, de tels accords ne pourraient intervenir, dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1985⁵¹, que sur un plan national. Du point de vue de l'État, le ministre de l'Intérieur, ministre des Cultes, pourrait être l'autorité compétente pour ouvrir et conduire les discussions. En revanche, du point de vue des confessions religieuses, certaines difficultés pourraient apparaître s'agissant des cultes pour lesquels, à la différence des cultes concordataires, il n'existe pas d'organisme représentatif à l'échelon national. Ce n'est plus le cas de l'islam, pour lequel le Conseil français du culte musulman pourrait utilement jouer ce rôle. Il est ainsi de la responsabilité des pouvoirs publics de le consolider et non de l'affaiblir.

Cette institutionnalisation des procédures de dialogue entre l'État et les collectivités religieuses permettrait de rendre plus lisible et transparent le mode d'élaboration des normes juridiques dans le régime cultuel français et permettrait d'assurer, dans le respect du principe de neutralité de l'État et de l'égalité juridique de toutes les collectivités religieuses, une garantie renforcée des libertés de conscience et de culte pour toutes les confessions religieuses, y compris les minoritaires⁵².

50. On est ici dans une conception très différente de celle du concordat avec l'Église catholique signé au XIX^e siècle.

51. « Le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles organisant l'exercice des libertés publiques dépendent des décisions des collectivités territoriales et ainsi ne soient pas les mêmes sur l'ensemble du territoire. » (*RFDA* 1985 : 634)

52. Certains responsables politiques, comme l'ancien ministre Benoist Apparu, président du Club 89, se sont prononcés en faveur de tels accords dans le cadre du droit français. Le ministre intervenait dans un colloque relatif « aux libertés religieuses » qui s'est tenu le 2 avril 2011 à l'Assemblée nationale.

