
Les dilemmes de l'expression religieuse en droit européen

Louis-Léon Christians



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1871>

DOI : [10.4000/ethiquepublique.1871](https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.1871)

ISSN : 1929-7017

Éditeur

Éditions Nota bene

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2006

ISSN : 1488-0946

Ce document vous est offert par Université catholique de Louvain



Référence électronique

Louis-Léon Christians, « Les dilemmes de l'expression religieuse en droit européen », *Éthique publique* [En ligne], vol. 8, n° 1 | 2006, mis en ligne le 12 septembre 2015, consulté le 18 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1871> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.1871>

Ce document a été généré automatiquement le 18 novembre 2020.

Tous droits réservés

Les dilemmes de l'expression religieuse en droit européen

Louis-Léon Christians

- 1 Mieux établie en Amérique du Nord qu'en Europe, la tendance à hiérarchiser la légitimité des types de discours est un enjeu fondamental de l'espace public contemporain. Comment construire un pluralisme social en n'ayant pas seulement égard au contenu substantiel des expressions (la paix, la guerre, etc.) et à la forme de celles-ci (un écrit argumenté ou une image, etc.), mais à leur finalité également (en l'occurrence morale, religieuse, plutôt que politique) ? Allant du discours de haine au débat parlementaire en passant par les publicités commerciales, cette hiérarchie exige généralement un contrôle plus sévère des expressions mercantiles que des débats qui fondent le jeu démocratique. C'est sur cette toile de fond que les droits et obligations de l'expression religieuse appellent une analyse renouvelée.
- 2 Cette reprise de l'analyse semble d'autant plus nécessaire que divers indices témoignent aujourd'hui d'une remise en cause par certains courants doctrinaux de la spécificité de la liberté religieuse. Un tel mouvement, s'il se confirmait, constituerait un revirement historique. Pour la première fois depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, se verrait abandonné le principe international de l'« effet de cliquet » qui assure l'irréversibilité des garanties progressivement acquises par chacun des droits de l'homme. Pour la première fois, s'affirmerait une interprétation de repli d'une des garanties des droits de l'homme au détriment d'une interprétation d'extension¹.
- 3 Sans doute aucune liberté fondamentale ne peut-elle se concevoir isolée des autres ni exempte de certaines limitations « nécessaires dans une société démocratique ». Le principe d'indivisibilité des droits conduit à la co-interprétation de ceux-ci et à un jeu de pesées mutuelles qui montre qu'aucune liberté n'est un absolu radical. La liberté religieuse ne peut ainsi être pensée sans qu'on n'ait en même temps à l'esprit la garantie de la liberté d'expression, de la vie privée, les principes des droits de la défense ou de la non-discrimination. Mais jusqu'à ce jour, les débats relatifs à une hiérarchisation formelle

des droits de l'homme sont demeurés vains : dans la balance des droits, la liberté religieuse n'est ni « secondaire » ni « inférieure » aux autres.

- 4 Si telle est la position du discours juridique classique, on ne peut nier en revanche l'incidence du contexte sociohistorique actuel. On caractérisera sommairement ce contexte sous l'angle du religieux dans ses rapports avec la violence, le politique et le marché.
- 5 La montée en puissance du terrorisme, en particulier sous ses formes d'attentats-suicides, et l'exacerbation de diverses violences ethnoculturelles se voient souvent imputées à des motivations religieuses et rapprochées des sombres moments de l'histoire européenne des guerres de religion. Quoique dans un grand nombre de cas ces références confessionnelles ne soient que prétextes ou stratégies, elles n'en alimentent pas moins une nouvelle suspicion à l'encontre du fait religieux. La sécularisation croissante des sociétés européennes, jointe à une diversification des appartenances religieuses minoritaires, aggrave encore cette tension. Une incompréhension croissante frappe de façon progressivement indistincte toute expression dont le registre apparent est confessionnel.
- 6 À bien observer, cette « incompréhension » est de deux ordres très différents. Elle relève d'un jugement d'irrecevabilité lorsque le religieux entend prendre position sur la vie d'un monde dit commun – que la modalité de cette prise de position soit celle de la « violence », de la voie politique ou de l'affirmation morale. Toute intervention religieuse se voit considérée comme une violence symbolique potentielle sans que la distinction moderne entre morale et loi positive soit tenue pertinente par l'opinion publique : violence directe, contraintes démocratiques ou prétentions morales sont perçues comme un continuum péjoratif dès lors qu'il y va de positions religieuses. La « version juridique » de ce type d'interprétation mobilise des notions comme celle d'incitation à la haine et à la discrimination, ou comme celle de neutralité (incombant tantôt aux pouvoirs publics tantôt plus largement à l'espace public lui-même). Cette « globalisation » négative, par ses effets d'amalgame et de préjugés, construit les conditions d'un traitement du fait religieux qui pourrait lui-même être interrogé en termes de discrimination.
- 7 Un second ordre d'« incompréhension » vise non plus un discours religieux sur le monde, mais bien un discours sur le religieux, que ce discours soit lui-même d'origine confessionnelle ou mondaine. Le statut de la controverse religieuse se trouve profondément modifié par ce que nous caractériserons comme une « banalisation » du religieux, davantage encore que comme sa « privatisation ». C'est la spécificité que le « religieux » se reconnaît qui se trouve progressivement en porte-à-faux avec le sens commun. Telle est bien la pertinence première que l'on prêterait à l'expression sociologique de « marché religieux » : une mercantilisation entendue comme standardisation des biens de consommation symbolique. La « version juridique » de ce type de point de vue mobilise des notions comme celles des délits de blasphème et d'atteinte aux sentiments religieux. La loi civile doit-elle « encadrer » le marché religieux pour assurer les conditions de base de son fonctionnement légitime ?
- 8 Les deux ordres d'incompréhension dont on vient de proposer des « types idéaux » entretiennent évidemment des relations étroites et ne peuvent être distingués de façon absolue. Paradoxalement, on pourrait se demander s'ils ne reposent pas sur des hypothèses contradictoires, la première incompréhension s'opposant à l'intrusion d'un « sacré » dans le monde commun, la seconde posant que toute perception d'un « sacré » a disparu au profit d'une banalisation des biens symboliques. On reviendra à cette question

dans notre conclusion après avoir successivement examiné comment la réflexion juridique européenne rend compte de ces deux ordres d'incompréhension.

Le discours religieux sur le monde : l'expression des dissonances morales

- 9 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a restreint la portée de la liberté de « pratique » prévue à l'alinéa premier de l'article 9 de la Convention. Selon l'interprétation retenue, la protection offerte par ce texte se limite aux comportements qui constituent « la part nécessaire » d'une conviction ou d'une croyance ; elle n'en inclut donc pas tous les prescrits. Ainsi, la jurisprudence européenne refuse d'étendre la garantie de liberté religieuse à tous les impératifs religieux : un tri est accompli parmi les préceptes invoqués. Le concept même de religion ou de conviction est mis en examen² : seuls des impératifs dont l'objet serait proprement confessionnel ou convictionnel selon l'interprétation adoptée devraient être pris en compte par les États. Par exemple, l'interdiction religieuse de payer certaines taxes, la prohibition de déplacer une tombe, le respect de certaines normes matrimoniales confessionnelles ont été considérés par l'ancienne Commission européenne comme « part non nécessaire » d'une pratique religieuse, à la différence d'un droit religieux au divorce ou d'une interdiction confessionnelle d'accepter un emploi athée³.
- 10 C'est précisément en raison de ce type de restriction de la notion de « pratique » que le discours religieux va devoir être apprécié par une combinaison avec la garantie de liberté d'expression. « Combinaison », car on observera que le discours religieux, à défaut d'être protégé comme pratique, fait néanmoins l'objet d'une attention particulière au sein des garanties de liberté d'expression. En revanche, le discours ne se voit précisément protégé qu'à la condition de se cantonner dans son propre genre déclaratif, distinct de toute autre action pratique sur le monde. S'il est clair que la violence n'est pas un « discours » recevable, il reste que, depuis Austin, on est attentif au fait que « dire, c'est faire ». Les dimensions pratiques du langage peuvent alors être prises en compte par la loi et la jurisprudence. Mais les difficultés sont grandes. En sont un exemple les controverses relatives à l'interdiction de l'incitation à la haine ou à la discrimination. Quand un discours doit-il être interprété comme un « acte », voire comme une violence ? À l'inverse, quand une conduite ou une attitude peut-elle être traitée et protégée comme une simple expression, et non considérée comme une « pratique » susceptible de limitations plus importantes ? L'analyse européenne est moins élaborée sur ce point que ses homologues américaines. En Europe, c'est essentiellement dans le cadre de la lutte contre l'extrémisme de droite qu'une réflexion sur des discours racistes a été menée, tantôt pour les prohiber pénalement, tantôt pour fonder sur une telle condamnation la révocation d'un financement public.
- 11 Peut-on transposer ces techniques aux discours proprement religieux sur le monde ? Deux questions distinctes se posent ici. La première, classique, vise la différenciation des champs politiques et religieux. Elle tient aux seuils de distinction entre un discours soutenant au sein du débat civil une doctrine ou une évaluation d'ordre éthicomoral et un discours se présentant comme un programme politique, potentiellement destiné à orienter l'appareil normatif de l'État. La seconde tient à distinguer d'une part une simple affirmation d'un jugement de valeur d'ordre abstrait, et d'autre part un passage à l'acte

ou une incitation directe à l'action. Ainsi, un prêche religieux estimant immorales certaines pratiques homosexuelles doit-il être tenu comme une incitation à la discrimination ou à la violence ? En Europe⁴, différents tribunaux ont eu l'occasion de tenir pour distinctes ces deux perspectives⁵. Tout discours par le fait qu'il énonce une éthique religieuse peu répandue dans une société n'est pas *pour autant* assimilable à une incitation à la violence ou à la discrimination. Seuls des éléments concrets et des circonstances précises pourraient justifier une autre interprétation. La portée morale (plutôt que politique) du discours pourrait elle-même constituer un critère à prendre en compte. Tel est l'enseignement important d'une comparaison entre différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le radicalisme musulman en Turquie. Confrontée à l'énoncé d'un programme politique par un parti fondamentaliste, la cour accepte la mesure de répression décidée par l'État (la dissolution du parti politique)⁶. La cour condamnera en revanche la Turquie pour avoir sanctionné un intellectuel qui soutenait la même doctrine, mais dans le cadre d'une émission culturelle à la télévision et au nom de sa conscience individuelle⁷. On conclurait provisoirement sur ce point que plus le discours religieux radical s'insère dans un projet politique, prétendant gérer la société « par le haut », plus l'État se verrait légitimé dans ses mesures de répression, voire de prévention. En revanche, plus le discours se présente comme d'ordre purement moral, visant à convaincre la société « par le bas », plus devrait être exigeante la preuve de moyens illicites, d'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination.

- 12 Le degré de proximité ou d'intégration à des pouvoirs publics dont le régime constitutionnel exigerait la « neutralité » pourrait susciter le même type d'évaluation, selon par exemple que celui qui tient un propos religieux est un fonctionnaire public ou une association privée simplement subventionnée. Le principe de neutralité peut certes se concevoir selon bien des modèles, allant d'une abstention généralisée (neutralité passive) à une garantie de pluralisme (neutralité active). Il reste que la proximité avec les dispositifs de souveraineté pourrait justifier des exigences plus grandes en termes de neutralité ou d'indépendance, pour autant que ces exigences soient elles-mêmes non arbitraires. Ainsi, et sans prendre position, le rapport de la Commission fédérale belge pour le dialogue interculturel a-t-il soutenu, parmi d'autres scénarios estimés acceptables, que le port du foulard islamique ou d'autres signes religieux soit régulé différemment au gré de la participation de l'agent à des fonctions de souveraineté ou à des fonctions de contact avec la population. À l'instar de la voie politique, l'appareil d'État qui permet une emprise de l'autorité publique appellerait une régulation plus stricte de l'expression religieuse⁸.
- 13 C'est dans la même perspective que l'on aurait bénéfice à relire les débats suscités par le projet de constitution européenne à propos de la mise en place d'une structure de « dialogue transparent et régulier » entre l'Union et les Églises⁹. Il s'agissait de se demander pourquoi les Églises étaient visées spécifiquement par l'article 52 du projet de constitution européenne, plutôt que d'être subsumées sous la catégorie générale de la « société civile », bénéficiaire elle aussi d'un « dialogue », visé à l'article 47. Or le troisième paragraphe de l'article 52 du projet final notait bien : « [...] 3. *En reconnaissance de leur identité et leur contribution spécifique*, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier, avec ces Églises et organisations [philosophiques et non confessionnelles]. » Non pas ambiguë, cette « spécificité » devait apparaître comme une ligne de crête inscrite au cœur même de l'originalité du paradigme participatif : il s'agissait à la fois de nourrir un modèle de démocratie réflexive sans le voir entaché

d'implicites discriminatoires, tout en prenant au sérieux l'idée que l'expression des Églises n'est pas politique, ni dans sa perspective ni dans sa finalité. De ce point de vue, l'idée de société civile se diffracte et fait apparaître, en un sens strict, une spécificité des communautés convictionnelles qui, cependant, loin de les exclure (ce qui aurait été le cas dans une version représentative classique), fonde au contraire la particularité de leur présence (dans une version participative réflexive)¹⁰.

- 14 Distinguer une expression religieuse selon qu'elle vise la transformation de la société par le haut (politique) ou par le bas (morale), ou encore ne prétend à rien d'autre que sa simple expression isolée, est une donnée majeure de la réflexion à mener. Cependant, ainsi qu'on l'a annoncé, on tiendra ces catégories pour des types idéaux destinés à stimuler de nouvelles analyses, et non pour des réalités univoques. On voudrait conclure ce propos par une brève réflexion sur les garanties d'exception de conscience, permettant à une personne d'être exemptée d'une obligation individuelle inconciliable avec un impératif éthique intime. L'exception de conscience n'est certes pas seulement l'*expression* des convictions de l'objecteur. Elle vise, comme pratique négative, à se soustraire à une obligation ou à un devoir¹¹. En revanche, elle ne se constitue pas non plus d'emblée en une démarche politique visant à modifier le droit positif généralement applicable. Sur cette toile de fond, on pourrait déceler dans la jurisprudence une tension d'autant moins défavorable au jeu d'une exception de conscience qu'elle se limitera à une forme individuelle et isolée. À l'inverse, quand le jeu de l'exception de conscience tend à réaliser une emprise sociopolitique, soit par le haut (par exemple comme désobéissance civile) soit par le bas (notamment comme boycott ou captation de position dominante), l'hostilité de la jurisprudence sera à nouveau la règle¹².

Le discours sur le religieux : libre critique, offense gratuite et incitation à la haine

- 15 Quittant le religieux qui parle « au monde », nous supposerons à présent un discours mondain qui interroge, de l'extérieur, une donnée tenue pour religieuse. Pour autant qu'on ne distingue aucune perspective d'emprise sociale, les critères qui viennent d'être aperçus semblent appeler une large ouverture de la liberté d'expression.
- 16 La réalité des droits positifs européens n'est toutefois pas directement celle-là : la protection du « sacré » y demeure souvent une garantie légale qui peut justifier certaines limites à la liberté d'expression. Les délits de blasphème, d'« atteinte aux sentiments religieux d'autrui » ou d'incitation à la haine religieuse sont inscrits dans la plupart des législations d'Europe sans être toujours distingués entre eux de façon claire et non ambiguë. La Cour européenne des droits de l'homme a en tout cas pris argument de ce qu'il n'existait pas de consensus européen sur l'abrogation de telles infractions pour réduire en matière de polémiques religieuses l'ampleur de la protection réservée à ceux qui émettent des opinions choquantes.
- 17 Ainsi, alors que la Cour européenne a par exemple admis au nom de la liberté d'expression que des propos racistes puissent être rapportés, même de façon ambiguë, par un journaliste, elle a confirmé le 13 septembre 2005¹³ deux de ses arrêts antérieurs validant la répression de propos blasphématoires.
- 18 « Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique"; et ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à

une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi. En l'espèce, toutefois, il ne s'agit pas seulement des propos qui heurtent ou qui choquent, ni d'une opinion "provocatrice", mais d'une attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'islam. Nonobstant le fait qu'une certaine tolérance règne au sein de la société turque, profondément attachée au principe de laïcité, lorsqu'il s'agit de la critique des dogmes religieux, les croyants peuvent légitimement se sentir attaqués de manière injustifiée et offensante par les passages suivants : "Certaines de ces paroles ont d'ailleurs été inspirées dans un élan d'exultation, dans les bras d'Ayse. [...] Le messager de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas le rapport sexuel avec une personne morte ou un animal vivant." En conséquence, la cour considère que la mesure litigieuse visait à fournir une protection contre des attaques offensantes concernant des questions considérées comme sacrées par les musulmans. Elle estime sur ce point que la prise d'une mesure à l'encontre des propos incriminés pouvait raisonnablement répondre à un "besoin social impérieux". »

- 19 Une opinion dissidente indique toutefois que trois des sept juges ne pensaient « pas qu'on puisse isoler ces quelques phrases, à coup sûr injurieuses et regrettables, pour condamner tout un livre et sanctionner pénalement son éditeur. Au demeurant, poursuivent ces trois juges, nul n'est jamais obligé d'acheter ou de lire un roman, et si quelqu'un le fait, il lui est loisible de demander aux tribunaux réparation de ce qui lui semble blasphématoire et odieux à l'égard de sa foi, donc de ses droits au double sens de l'article 9 et de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention. Autre chose est, pour le ministère public, d'engager, de son propre chef, des poursuites pénales contre un éditeur au nom de "Dieu, de la Religion, du Prophète et du Livre Sacré" ; une société démocratique n'est pas une société théocratique. » Cette opinion dissidente poursuit : « La jurisprudence de la Cour semble certes aller dans le sens de l'arrêt. Les décisions *Otto Preminger Institut* et *Wingrove* (arrêts du 20 septembre 1994 et du 25 novembre 1996) ont conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention, pour atteinte excessive aux sentiments religieux de la population et/ou blasphème (dans les deux cas, les "victimes" étaient, non la population musulmane, mais la population chrétienne). Et pourtant nous ne sommes pas convaincus par ces précédents. D'une part, un film (*Otto Preminger*) ou une vidéo (*Wingrove*) sont susceptibles d'un impact bien plus grand qu'un roman faiblement diffusé, ce qui suffirait à distinguer ces trois affaires. D'autre part, les arrêts *Otto Preminger* et *Wingrove* ont été, à l'époque, très controversés (la Commission européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs, à de fortes majorités, conclu pour sa part à la violation de l'article 10). Enfin il est peut-être temps de "revisiter" cette jurisprudence, qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse. »
- 20 Cette contestation du « conformisme » nous semble toutefois ambiguë. Autant vise-t-elle à libérer le discours antireligieux dans les sociétés à religions dominantes, autant se demandera-t-on si elle est prête à assumer la libération des discours « antimodernes » dans les sociétés où la sécularisation s'érige progressivement en nouveau conformisme. Contester les législations protectrices des « sentiments religieux » pourrait alors se limiter à réfuter que ces lois se bornent à protéger les religions dominantes. C'est en ce sens que la Cour constitutionnelle d'Italie, dans une longue série d'arrêts, a préféré rendre non discriminatoire le champ de ces lois, plutôt que de les invalider. Sans doute

toute loi limitant la liberté d'expression appelle-t-elle un examen prudent¹⁴. Mais l'inversion progressive des conformismes doit être également présente à l'esprit au gré de la dépréciation sociale du fait religieux lui-même. On saisit l'ampleur de ces tâches lorsqu'on lit dans l'arrêt *Otto Preminger* que « [parmi les devoirs et responsabilités liés à la liberté d'expression] – dans le contexte des opinions et croyances religieuses – peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ». Cette dernière précision ne prend-elle d'ailleurs pas une saveur très particulière lorsqu'on la rapporte à des polémiques proprement religieuses ?

- 21 Différents courants doctrinaux ont tenté d'explicitier quelles différences viendraient justifier que les discours racistes soient davantage réprimés que les discours blasphématoires¹⁵. Il s'agit de considérer que le discours raciste vise à exclure l'autre en lui déniait tout droit à la parole, alors qu'en revanche le propos blasphématoire ne fait qu'introduire un débat d'idées, certes de façon quelque peu provocante. Toute une philosophie de la religion est sous-jacente à une telle analyse binaire. On en retrouvera également les traces dans le débat sur la nature de l'attachement religieux : la religion relève-t-elle des caractéristiques quasi ontologiques d'une personne (comme ses données « naturelles », la couleur de la peau, ou peut-être encore, pour un certain temps, le sexe) ou au contraire relève-t-elle de la pure volonté individuelle¹⁶ ? Comment situer la prescription religieuse entre opinion, culture et (sur)nature ? De telles questions ne manquent pas de conséquences juridiques. Pour de vastes courants doctrinaux, en effet, le degré de protection de caractéristiques indépendantes du caprice humain serait supérieur à la protection de pures fantaisies individuelles. Est-il toutefois certain que les propos blasphématoires relèvent de façon univoque du débat d'idées plutôt que de l'exclusion violente d'autrui ?
- 22 Comme viennent de le rappeler les âpres débats consacrés au *Racial and Religious Hatred Bill* devant le Parlement anglais, l'extension au champ religieux du délit d'incitation à la haine fait l'objet de bien des résistances¹⁷. Autant la répression de la violence verbale en matière ethnique semble-t-elle aisément légitimée, autant il en va différemment en matière d'expression religieuse ou anti-religieuse. On a observé les mêmes hésitations dans différents débats parlementaires, ainsi en Belgique quand il s'est agi de transposer des normes européennes étendant notamment au fait religieux une protection contre tout appel à la discrimination¹⁸.
- 23 Ainsi, l'ambiguïté de certaines politiques nationales européennes conduit-elle à priver les discours sur le religieux d'une large protection contre l'incitation à la haine et l'incitation à la discrimination religieuse. Mieux lutter contre toute incitation à la haine des personnes tout en protégeant plus largement la critique des idées pose des questions certes difficiles dans un domaine aussi sensible que le religieux. Si la réponse violente est inacceptable, disqualifier l'émotion religieuse en l'imputant d'irrationalité serait un profond abus. Une éthique publique de responsabilité suppose au contraire que la prise en compte de la variété des contextes et de la diversité des formes de rationalité précède la mise en œuvre du processus visant à l'autotransformation progressive de ces contextes. L'avenir permettra de vérifier si un test commun ne peut être construit pour évaluer de façon équitable tout autant les discours religieux énonçant des critiques éthiques fortes que les discours sociaux adressant des critiques radicales aux formes de vie religieuses.

Droits européens et conditions d'émergence des discours religieux

- 24 Une dernière question tient à la formation et aux conditions d'émergence des doctrines religieuses qui produiront ensuite les expressions dont on vient d'évaluer la portée. Le pluralisme de fait qui traverse l'ensemble de la réalité sociale peut-il être juridiquement imposé au sein même des communautés convictionnelles (Église, famille, association, entreprise de tendance) ? Sans doute l'autonomie qui leur est garantie en droit européen les préserve-t-elle de régulations trop directement intrusives. Mais une fois encore le déploiement d'un nouveau discours consacré aux « ennemis de la liberté » (article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme) montre combien un « principe de précaution démocratique » pourrait fonder de nouvelles modalités de régulation. Ces réflexes ne sont pas neufs, puisqu'on les retrouve tout aussi bien à l'origine des contrôles qu'effectuent les régimes de reconnaissance des cultes dans un grand nombre d'États d'Europe. Comment, sans restaurer un régime de censure préalable, contribuer à une meilleure intégration « démocratique » des communautés convictionnelles ? Une des réponses fournies par certains courants jurisprudentiels et doctrinaux est de multiplier les occasions de renforcer le pluralisme interne des communautés.
- 25 Une première série d'illustrations de ce phénomène est liée aux techniques de subvention publique d'initiatives privées. Si le libéralisme juridique conduit en principe à rejeter toute pratique d'injonction axiologique directe, il y substitue d'autres types de régulation, liés par exemple aux mécanismes incitatifs de l'État providence. Ainsi, contre les extrémismes politiques, le droit peut viser non pas à interdire l'existence d'un parti, mais à le priver de son subventionnement¹⁹. Sans doute, dans les faits, sera-t-on conscient du caractère ténu de cette distinction. La perte de subventions publiques peut rapidement conduire à la disparition pure et simple, en particulier pour les institutions qui ne s'inscrivent pas dans un modèle lucratif et de marché. Or il semble que la doctrine du pluralisme présente ici un rôle de plus en plus ambigu. Le libéralisme juridique semble en effet progressivement limiter ses faveurs à des mouvements eux-mêmes pluralistes. Le paradoxe se noue alors dans les termes suivants : plus le caractère propre d'une institution ou d'une éthique de vie est explicité, plus celles-ci risquent de se voir exclure en raison de leur absence de pluralisme ; à l'inverse, plus le pluralisme interne est affirmé, plus elles risquent de perdre la singularité qui justifiait qu'elles soient appuyées par les pouvoirs publics au nom d'une politique de diversité. Cet enjeu est aujourd'hui ressenti dans plusieurs États européens par diverses entreprises « éthiquement orientées »²⁰ comme les institutions hospitalières²¹, les associations caritatives, d'aide sociale ou de politique familiale²², ou encore les établissements d'enseignement²³.
- 26 Une seconde série d'illustrations d'une pluralisation interne renforcée par le droit concernerait non plus les conditions de subvention des institutions mais la façon dont les tribunaux requalifient des projets *individuels* au regard de mondes convictionnels auxquels le juge va d'emblée imputer une structure « sur-pluralisée ». On remarque ce phénomène en droit de la famille, et plus spécialement à propos de l'éducation convictionnelle des enfants. On observe en effet en Europe une tendance nouvelle de la jurisprudence à proposer divers montages « interculturels » fondés sur une conception d'emblée « œcuméniste » des convictions religieuses. La nature conciliatrice de ces montages semble perçue comme une nouvelle clé de compréhension de l'« intérêt de

l'enfant ». Il s'agit de ne plus favoriser comme auparavant la stabilité de l'enfant dans les options familiales initiales, ni de privilégier une délégation à l'expertise psychologique. La tendance nouvelle est de systématiquement favoriser l'éducation bi-religieuse de l'enfant²⁴. Une telle conception de la tolérance sera sûrement unanimement reçue, mais ne voit-on pas derrière cet irénisme judiciaire se dessiner progressivement une obligation pour l'éducation familiale d'être syncrétiste ?

- 27 Lois, jurisprudences et doctrines en Europe semblent aujourd'hui confrontées à un double traitement péjoratif du religieux : d'un côté, par une tendance à écarter toute expression confessionnelle non seulement du débat politique, mais aussi de l'espace public ; d'un autre côté, par la mise en cause des limites classiquement opposées à l'invective proprement religieuse dans la réalité sociale. Si la qualification « religieuse » d'une prise de position sur le monde commun se fait de plus en plus rapidement, par une sorte de sensibilité exacerbée, il en va inversement de l'invective religieuse, ramenée par divers auteurs à un simple débat d'idées. D'une part, la dimension spécifiquement éthique ou morale de la prise de parole religieuse se trouve progressivement ignorée, soit pour l'assimiler à un discours politique, soit pour la rabattre sur une emprise violente du sens social. D'autre part, en sens inverse, le discours social critique sur le religieux se voit banalisé comme ne pouvant être autre chose qu'un marché d'idées insusceptible d'effets violents et dès lors exonéré de la protection renforcée spécifique aux données intangibles de la personne humaine.
- 28 Ce ne sont là que des tendances dont on a souligné les limites, notamment dans les positions de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Face à ce contentieux binaire sur le religieux, entre l'inné et l'acquis, entre l'expression de soi et la contrainte imposée à autrui, entre l'éthique et le politique, entre les conformismes des uns et des autres, on ne peut évidemment qu'encourager une plus large capacité sociale de réflexivité et une réduction des phénomènes (anciens ou nouveaux) de censure. En revanche, on soumettra à la critique les incohérences d'un système juridique qui n'aurait d'autre fil conducteur qu'un traitement stéréotypé et péjorativement orienté du fait religieux.

NOTES

1. Voir par exemple p. Lambert, « Le XXI^e siècle sera religieux ou ne sera(-t-il) pas ? », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1067-1082.

2. Pour l'analyse d'un cas belge, voir L.-L. Christians, « D'un conflit entre un impératif religieux ou de conscience et une norme étatique », *Revue régionale de droit*, 1994, p. 312 et suiv.

3. L'analyse des décisions européennes indique quatre étapes. Premièrement, elle vérifie l'existence même de la religion invoquée et, ensuite, l'existence au sein de cette religion de la norme invoquée. Ainsi, la jurisprudence européenne a jugé qu'un requérant n'avait indiqué aucun fait permettant d'établir l'existence d'une religion « wicca », ou encore l'existence d'une règle de droit juif en vertu de laquelle un « cohen » bénéficierait de certaines exemptions en droit matrimonial. Deuxièmement, la jurisprudence vérifie si la norme invoquée est considérée comme une part nécessaire de la pratique religieuse par le droit religieux lui-même. Ainsi, elle a

rejeté la demande d'un prisonnier bouddhiste qui se plaignait d'une interdiction de publier des articles dans une revue bouddhiste. La jurisprudence a estimé que le demandeur n'avait pas montré en quoi la pratique de sa religion impliquait des publications dans une revue. Troisièmement, la jurisprudence vérifie si les normes religieuses invoquées ne relèvent pas, selon le texte même de la Convention, d'une autre disposition de cette Convention : cela établirait que ces impératifs n'ont pas un objet proprement religieux selon la Convention et son interprétation par les organes européens. Ainsi, la Convention ne considère pas le mariage en tant que tel comme une forme d'expression religieuse car il est régi expressément par l'article 12 de la Convention. Dès lors, a été rejetée la requête d'un particulier qui se prétendait marié parce qu'il avait lu à haute voix le verset du deuxième livre de Moïse avant ses premières relations sexuelles avec celle qu'il considère comme son épouse. Enfin, quatrièmement, la jurisprudence examine par son propre jugement le caractère significativement religieux de telle ou telle revendication, sans que l'on puisse, en l'état actuel, y discerner de critères précis.

4. Comparativement en Amérique du Nord, où a lieu le débat sur le « Bible Hate Speech » : H. C. Clausen, « The "Privilege of Speech" in a "Pleasant Authoritarian Country" : How Canada's Judiciary Allowed Laws Proscribing Discourse Critical of Homosexuality to Trump Free Speech and Religious Liberty », *Vanderbilt Journal Transnational Law*, vol. 38, 2005, p. 443 et suiv. ; C. Olsen, « In the Twenty-First Century's Marketplace of Ideas, Will Religious Speech Continue To Be Welcome ? Religious Speech as Grounds for Defamation », *Texas Tech Law Review*, vol. 37, 2005, p. 497 et suiv.

5. Ainsi, la Cour suprême de Suède a finalement acquitté, par un arrêt du 29 novembre 2005, un pasteur poursuivi en raison d'un prêche dénonçant comme immorales les pratiques homosexuelles. Les formules étaient particulièrement radicales : « Les anormalités sexuelles sont comme une grave tumeur cancéreuse pour la société » (<http://www.prayforsweden.org>). Un jugement du tribunal de Rotterdam a statué dans le même sens à propos d'un prêche similaire prononcé par un imam (A. Nieuwenhuis, « Note sous Rb. Rotterdam (Pays-Bas) », 8 avril 2002, *Mediaforum* [Pays-Bas], 2002, liv. 5, 192).

6. Cour européenne des droits de l'homme, arrêts du 31 juillet 2001 et du 13 février 2003, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, no 41340/98. On lit notamment au no 69 de l'arrêt du 31 juillet 2001 qu'« à l'instar du Gouvernement, la Cour admet que le système multi-juridique, tel que proposé par le R. P., introduirait dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion, les catégoriserait selon leur appartenance religieuse et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux. Selon la Cour, un tel modèle de société ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention, pour deux raisons : d'une part, il supprime le rôle de l'État en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir, non pas à des règles établies par l'État dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée. Or, l'État a l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, et sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention. » Parmi de nombreux commentaires, voir par exemple M. Levinet, « L'incompatibilité entre l'État théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Refah Partisi et autres c. Turquie* », *Revue française de droit constitutionnel*, janvier 2004, p. 207 ; E. Oktem, « The Refah and Fazilet Cases before the Turkish Constitutional Court and European Court of Human Rights », *European Journal for Church and State Research*, 2002, p. 295-321.

7. Cour européenne des droits de l'homme (1^{re} instance), arrêt du 4 décembre 2003, *Gunduz c. Turquie*, no 35071/97, Hudoc. Voir p. Rolland, qui approuve ces distinctions, « Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence récente de la Cour

européenne des droits de l'homme », *Annuaire Droit et religions*, Lidems-université d'Aix-Marseille III, 1, 2005, p. 75-90, spécialement p. 79.

8. La délimitation des *risques d'emprise* qui justifieraient une restriction à l'expression religieuse donne lieu à des interprétations elles-mêmes sujettes à discussion. Ainsi on a pu s'interroger sur le refus que le Parlement européen a opposé à la nomination d'un candidat-commissaire (M. R. Buttiglione) qui avait rendu publiques ses opinions religieuses (en l'occurrence contre les pratiques homosexuelles) tout en affirmant les distinguer de ses responsabilités politiques (par une qualification en termes de péchés, et non de délits). Une autre incertitude a pu concerner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ([Grande chambre], arrêt du 10 novembre 2005, *Sahin c. Turquie*, no 44774/98, Hudoc), qui admet que la Turquie puisse interdire le port du foulard non seulement aux professeurs (titulaires de l'autorité), mais aussi aux *étudiantes, comme usagers*. La cour rapproche cette décision de celle prise dans l'affaire du parti politique radical *Refah Partisi* (voir note 6), en raison de l'importance de la pression sociale issue d'une société turque essentiellement musulmane, tandis que la juge belge Françoise Tulkens, dans son opinion dissidente, conteste explicitement ce type de rapprochement. Enfin, troisième exemple d'incertitude : jusqu'à quel point le financement public d'une institution privée permet-il d'exiger de celle-ci une limitation de sa liberté d'expression religieuse ? Emprise politique par l'expression religieuse ou simple affirmation d'une identité religieuse devraient être affaire d'interprétation et de reconstruction avec les acteurs concernés.

9. Voir L.-L. Christians, « Construction européenne et politique religieuse », dans B. Chélini-Pont (dir.), *Quelle politique religieuse en Europe et en Méditerranée ? Enjeux et perspectives*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 123-141.

10. Voir aussi, dans le cadre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la Recommandation 1396 (1999), *Religion et démocratie* (<http://www.coe.int>).

11. Voir European Consortium for Church-State Research, *L'objection de conscience dans les pays de la communauté européenne*, Milan, Giuffrè, 1992. Pour un débat canadien plus avancé qu'en Europe, voir J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, 1998, p. 325-403.

12. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme n'a-t-elle pas admis que des pharmaciens catholiques puissent faire objection de conscience à la vente de certains contraceptifs ([irrecevabilité], arrêt du 2 octobre 2001 [*Bruno Pichon et Marie-Line Sajous c. France*], no 49853/99, Hudoc), de même que le Conseil d'État de France n'a-t-il pas admis que l'exception de conscience d'un élève juif envers les cours du samedi puisse être transformée en une règle catégorielle permanente (voir C. Haguenau, « Laïcité, obligations d'assiduité et pratique religieuse dans les établissements publics d'enseignement », *Revue de droit public*, 1996, p. 867-892).

13. Cour européenne des droits de l'homme, 13 septembre 2005, *A. c. Turquie*, req. no 42571/98.

14. Voir J. F. Flauss, « La diffamation religieuse », dans J. F. Flauss (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, « Institut René Cassin de Strasbourg », 2003, p. 273-301 ; T. Massis, « Respect des croyances, dignité et liberté d'expression », dans T. Massis et C. Pettiti (dir.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, « Nemesis, Droit & Justice », 2004, p. 115-131 ; p. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 441-449.

15. Voir par exemple les analyses de G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 417-422.

16. M. J. Sandel, « Freedom of Conscience or Freedom of Choice ? », dans J. D. Hunter et O. Guinness (dir.), *Articles of Faith, Articles of Peace : The Religious Liberty Clauses and the American Public Philosophy*, Washington (D. C.), Brookings Institution, 1990, p. 74-93 ; D. C. et S. H. Williams, « Volitionalism and Religious Liberty », *Cornell Law Review*, vol. 76, 1991, p. 769 et suiv.

17. À la suite de divers amendements, la loi anglaise adoptée le 31 janvier 2006 punit l'usage des seuls propos *menaçants* (envers une personne ou un groupe identifiés par leur religion). La section 29J de la loi confirme cette interprétation stricte : « Rien dans cette loi ne peut être interprété ou appliqué comme prohibant ou limitant des discussions, des critiques ou des expressions d'antipathie, de réprobation, de ridiculisation, d'insulte ou d'outrage à l'encontre de religions particulières, ou des convictions et pratiques de leurs adhérents, ou à l'encontre de tout autre système de convictions, ou des convictions et pratiques de leurs adhérents, ou encore de prosélytisme ou d'incitation des adhérents d'une autre religion ou système de convictions à cesser de pratiquer leur religion ou leur conviction. »

18. Voir V. Pacillo, « Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato » (<http://www.olir.it>), à propos de la directive européenne 2000/78/CE.

19. M. F. Rigaux, « Les limites de la parole impie », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1, 1999, p. 7-12 ; L. de Briey, « La démocratie peut-elle interdire les partis antidémocratiques ? », *Raison publique*, 2006, sous presse.

20. On parlera en Europe d'« entreprises de tendance ». On observera également ces évolutions pour des activités liées moins directement à un ancrage convictionnel : ainsi, les structures sportives (de droit privé en Belgique). La Cour constitutionnelle de Belgique a ainsi estimé, dans un arrêt 60/2003 du 14 mai 2003, qu'était valable la norme flamande qui soumettrait dorénavant l'aide aux sports de haut niveau à une fédération unique par sport, et cela quoique la discipline sportive en cause ait par ailleurs décidé de ne plus accepter de groupes d'origine confessionnelle.

21. (Collectif) *Une santé « chrétienne » ? Recherche interuniversitaire sur l'identité chrétienne des institutions sociales et de santé*, Bruxelles, facultés universitaires Saint-Louis, 1995. La question de savoir si les établissements de soins de santé sont des « entreprises de tendance », susceptibles d'invoquer une spécificité éthique forte, est demeurée controversée dans la littérature juridique belge, malgré la réponse affirmative de la Commission européenne des droits de l'homme (Commission européenne des droits de l'homme, décision du 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*, *Décisions et rapports*, p. 151).

22. Ainsi des pouvoirs publics qui retirent toute subvention à une assemblée catholique de planification familiale apparemment trop véhémement dans ses publications contre l'avortement (Conseil d'État de Belgique, arrêt du 17 octobre 2000, *Association Ligne de vie c. Région wallonne*, no 90265).

23. C'est sous cet angle que l'on comprendra également l'enjeu très spécifique du concept de « pluralisme situé » du congrès de l'enseignement catholique belge, proposé comme argument en 2002 « pour tenir ensemble ouverture et enracinement » (A. Beauduin, « Le sens d'une démarche », actes du congrès, Bruxelles, 2003, p. 59-63, spécialement p. 61).

24. Voir par exemple une décision du tribunal civil de Bruxelles du 5 juillet 2001 (*Revue trimestrielle de droit familial*, 2002, p. 499) : « Attendu que l'on peut se demander si deux parents, qui affirment avoir l'un et l'autre fait choix d'une religion chrétienne, ne pourraient faire preuve d'un peu plus d'ouverture quant à l'orientation de leur enfant ; que l'éducation de l'enfant est quant à ce très importante, que les cours de religion sont subsidiaires ; qu'en effet il appartient à chaque parent d'ouvrir l'enfant aux valeurs qui lui paraissent importantes et de l'amener à les faire siennes ; que les valeurs chrétiennes se retrouvent dans toutes les religions de ce nom et paraissent plus importantes que les pratiques religieuses quelque peu différentes entre des religions d'obédiences différentes ; que dans la mesure où l'enfant semble participer activement à la vie sacramentelle de la paroisse orthodoxe grecque l'on peut penser qu'elle y reçoit là son instruction religieuse, complétée par l'éducation qui peut lui être donnée par sa famille paternelle ; qu'il semble, dès lors, souhaitable de permettre à la mère de compléter cet apport [nous soulignons] par un choix de cours de religion ou de morale donné à l'école qui lui paraîtrait plus proche de ses propres convictions ; qu'elle veillera, toutefois, à ce que cet enseignement soit, dans sa réalisation, axé sur l'ouverture aux valeurs et à la tolérance [...]. »

RÉSUMÉS

Cette contribution entend mettre en relation trois difficultés concernant la liberté d'expression religieuse en contexte européen. Les critiques éthiques exprimées par les religions à l'encontre de certaines formes de vie individuelle semblent progressivement limitées au sein de la société civile au nom de la neutralité de l'espace public. Mais au même moment, au nom cette fois de la liberté d'expression, différents pays européens hésitent à étendre aux religions la protection légale contre les discours d'incitation à la haine et à la discrimination. Ces deux champs devraient être soumis à des tests identiques, à savoir une commune opposition à la violence et à l'oppression sociale, mais aussi un accès égal à un débat social ouvert aux arguments en matières morales et religieuses. Enfin, se pose la question des relations entre le pluralisme de la société civile et l'autonomie morale des groupes intermédiaires (comme les familles, les Églises et les associations).

This paper introduces to the relationships between three issues about the freedom of religious expression in an European context. The ethical critics expressed by religions about some individual way of life in the civil society are progressively restricted in the name of the neutrality of the public square. But at the same time, in the name of freedom of expression, European countries seem reluctant to extend to religions the legal protection against hate speech and discrimination. Both these fields should be submitted to the same coherent tests i.e. against violence and social coercion, but in a common favor for an openminded social debate on moral and religious arguments. The last issue is about the relationships between pluralism of the civil society and moral autonomy of intermediate groups (like families, churches and associations).

AUTEUR

LOUIS-LÉON CHRISTIANS

Louis-Léon Christians est professeur à l'université catholique de Louvain.