



HAL
open science

Normativité juridique vs normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits

Vincente Fortier

► **To cite this version:**

Vincente Fortier. Normativité juridique vs normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits. *Revue du droit des religions*, 2016, 1, pp.103-116. hal-02111270

HAL Id: hal-02111270

<https://hal.science/hal-02111270>

Submitted on 12 Oct 2021

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

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

Normativité juridique vs. normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits

Vincente Fortier



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1052>

DOI : 10.4000/rdr.1052

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 10 mai 2016

Pagination : 103-116

ISBN : 978-2-86820-954-2

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Vincente Fortier, « Normativité juridique vs. normativité religieuse : l'office du juge pour arbitrer les conflits », *Revue du droit des religions* [En ligne], 1 | 2016, mis en ligne le 12 février 2020, consulté le 19 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1052> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1052>



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

NORMATIVITÉ JURIDIQUE VS. NORMATIVITÉ RELIGIEUSE : L'OFFICE DU JUGE POUR ARBITRER LES CONFLITS

Vincente FORTIER

Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES)

RÉSUMÉ

À partir d'exemples tirés de la jurisprudence judiciaire dans le domaine du droit privé des religions, cet article propose de repenser la question de l'autolimitation du droit étatique et de l'étanchéité de la frontière qui, selon certains, devrait très nettement séparer les sphères de compétence de l'État et du religieux. Or l'intervention du droit étatique, par le truchement des juges en charge de l'appliquer, peut être envisagée positivement, notamment en ce qu'elle peut favoriser l'exercice de la liberté individuelle de religion, dans toute sa plénitude. Par ailleurs, l'intervention étatique ne doit pas être redoutée : lorsqu'un conflit de normativités surgit, la désignation des contrariétés à la norme juridique de la norme religieuse ne signifie pas, forcément, qu'il faille s'inscrire dans une logique de prééminence de la première sur la seconde.

ABSTRACT

From examples of judicial cases in the field of private law and religions, this paper proposes to rethink the question of the self-limitation of the state law and the impenetrable barrier which, according to some views, should be separated the competencies between State and religions. Nevertheless, the state law, *via* its judicial application, may be considered positive, especially regarding the exercise of the individual freedom of religion. Furthermore, the State intervention must not be dreaded: when a conflict between law and religion arises, pointing out the opposition between law and religion does not, necessarily, imply a superiority of the state law.

« Je ne pensais pas que tes défenses à toi
fussent assez puissantes pour permettre à un
mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois
non écrites, inébranlables des dieux ! Elles ne
datent, celles-là, ni d'aujourd'hui, ni d'hier,
elles sont éternelles et nul ne sait le jour où
elles sont parues ».
Sophocle, *Antigone*.

En décidant que « le baptême est un sacrement, un acte religieux qui n'a aucun effet civil », et en refusant, en conséquence, d'ordonner la « débaptisation » de l'enfant (par le retrait de sa mention des registres de baptême de l'Église des Saints des Derniers Jours), la cour d'appel de Lyon le 14 octobre 2014¹ a marqué très nettement la frontière de la compétence du juge civil, quand bien même ce sacrement aurait été administré au mépris des droits de l'un des parents. En effet, le choix de la religion de l'enfant, qui entre dans le champ des attributs de l'autorité parentale, relève d'une co-décision parentale. L'accord des deux parents est donc requis concernant l'éducation religieuse à donner à l'enfant. Par voie de conséquence, l'accomplissement du baptême, en tant qu'acte non usuel de l'autorité parentale, est subordonné à ce consensus parental². Or, dans le jugement frappé d'appel, le juge aux affaires familiales de Bourg-en-Bresse avait autorisé la mère à réaliser les démarches nécessaires³ en vue du baptême de l'enfant, âgé de treize ans. La mère mena son projet à son terme et l'enfant fut baptisé sans l'accord de son père.

Dans une perspective dépassant le cadre du droit de la famille, l'arrêt de la cour d'appel de Lyon est à rapprocher d'une autre affaire relative également à une demande d'effacement de baptême formulée par un individu majeur ayant renié son baptême. La demande fut rejetée, sans grande surprise, par la

1. CA Lyon, 14 oct. 2014, *Dr. famille.*, 2015, comm.7, NEIRINCK Cl.

2. On relèvera, du reste, que la solution juridique consistant à soumettre à l'accord des deux parents le choix de faire baptiser l'enfant est différente de celle retenue par le droit canonique, spécialement dans le canon 868 disposant qu'il suffit que l'un des parents au moins y consente pour que le baptême d'un enfant soit licite.

3. Certes, la mère avait été autorisée à accomplir les démarches préalables au baptême de l'enfant, mais le juge ne peut pas favoriser les démarches unilatérales d'un parent dont le but est de l'inscrire dans une pratique cultuelle tant qu'il ne s'est pas assuré de l'accord de l'autre parent.

cour d'appel de Caen le 10 septembre 2013⁴, puis, sur pourvoi de l'intéressé, par la Cour de cassation le 19 novembre 2014⁵. Les juges ne retiennent pas, d'une part, l'allégation du demandeur tenant à une atteinte à son droit au respect de sa vie privée ; d'autre part, la Haute juridiction, approuvant en cela les conseillers d'appel, considère que « dès le jour de son administration et en dépit de son reniement, le baptême constitue un fait dont la réalité historique ne peut être contestée ». L'impossibilité d'ordonner l'effacement du baptême des registres paroissiaux est ici justifiée non point par la nature religieuse de l'acte qui exclurait d'emblée une intervention judiciaire, et donc étatique (comme pour les magistrats lyonnais), mais par la qualification d'événement historique du baptême. Si donc l'intéressé peut, par le biais de sa renonciation au baptême, actualiser sa position au regard de son appartenance religieuse selon les termes de l'arrêt, en revanche il ne peut demander la disparition de la mention du fait historique à l'origine de cette appartenance, à savoir la célébration du baptême. « Autant dire », selon Frédéric Dieu, « que le subjectif est sans effet sur l'objectif et peut seulement se situer par rapport à lui, fût-ce pour y renoncer »⁶.

En tout état de cause, cette qualification de « fait dont la réalité historique ne peut être contestée » évite la référence explicite au caractère sacramentel du baptême et, partant, à l'autonomie des droits internes des religions, en l'espèce au droit canonique qui oppose une fin de non-recevoir aux demandes d'effacement formulées par ceux ayant renié leur foi.

Certes et *in fine*, que l'on emprunte une voie (caractère sacramentel du baptême excluant l'ingérence du juge) ou l'autre (événement historique et donc ineffaçable), le même résultat est atteint dans l'un ou l'autre cas. La séparation entre les deux ordres (étatique et religieux) issue de la loi de 1905 est bien respectée ; l'État, par le truchement de ses juges, n'intervient pas, ne s'immisce pas dans les règles internes qui gouvernent les Églises ou les groupes religieux. Ceci est très clair dans la décision de la cour d'appel de Lyon et tout autant, mais sur un registre différent, dans les arrêts de la cour d'appel de Caen et de la Cour de cassation, selon le principe « qui veut qu'en régime de séparation des Églises et de l'État, le juge veille à ce que l'État ne s'ingère pas dans les affaires religieuses et prend acte de l'organisation des cultes telle

4. LIBCHABER R., « Limitation et auto-limitation du droit étatique à propos de la radiation d'une mention de baptême », note sous CA Caen, 10 sept. 2013, *D.* 2013, n° 39, études et comm. 2611.

5. V. sur cet arrêt, DIEU F., « Le baptême, un événement ineffaçable », *D.* 2015, p. 850.

6. DIEU F., « Le baptême ne s'efface pas. L'arrêt de la cour d'appel de Caen du 10 septembre 2013 confirmé par la Cour de cassation », *RDC*, 64/1, 2014, p. 157-166.

qu'elle se présente à lui. Cette organisation est donc pour l'État (pour l'autorité civile) et pour le juge civil une donnée de fait »⁷.

On peut aller plus loin : ces deux affaires qui posent sur un même acte religieux un regard différent, invitent à s'interroger sur l'étanchéité de la frontière entre ce qui relève de l'État et ce qui relève du fonctionnement interne des religions, et sur le caractère péremptoire de la limitation du pouvoir du juge civil lorsque, au cœur de l'affaire, un acte de nature religieuse est en discussion. Il nous semble en effet qu'envisager une séparation entre les deux sphères aussi nettement que le laissent penser les solutions adoptées rend compte imparfaitement de la complexité des situations soumises à l'arbitrage du juge civil lorsqu'un acte de nature religieuse est au cœur du débat. Précisément, le droit privé des religions fournit des exemples dans lesquels la retenue de l'État face au droit interne des religions, ou sa non-ingérence de principe, est confrontée à la nécessité pour le juge de décider ou d'arbitrer un conflit dont la pierre angulaire est un fait religieux, invoqué au soutien de la demande. La frontière est, en réalité, poreuse : si la prise en compte directe de la donnée religieuse en tant que telle est la plupart du temps rejetée au nom de la séparation, cela ne signifie pas pour autant que le juge judiciaire refuse d'en connaître et les solutions de compromis qu'il promeut, tout en permettant de sauvegarder l'autonomie des religions, répondent, bon an mal an, à la demande des justiciables.

Ces deux affaires posent, par conséquent, la question de l'autolimitation du droit étatique, revendiquée vigoureusement par certains. Ainsi Rémy Libchaber considère-t-il que « habilement instrumentalisé, le droit objectif peut se révéler intrusif et, partant, hostile à toute possibilité d'une différenciation juridique »⁸. Et ajoute-t-il, « dans l'autolimitation du droit étatique, c'est aussi le respect des pratiques religieuses privées qui se joue »⁹. Mais justement, est-ce bien le cas ? Une autre lecture est-elle possible qui envisagerait de manière positive l'intervention étatique et plus précisément judiciaire ? L'étude du droit privé des religions montre que le droit étatique peut parfois peser positivement pour garantir la liberté religieuse individuelle, là où une rigidité ou une étanchéité de la frontière ne pourrait le permettre (1). Par ailleurs, nommer certaines contrariétés de la règle religieuse à la règle juridique n'emporte pas nécessairement de s'inscrire dans une logique d'interdiction ou d'exclusion de la norme confessionnelle. Désigner la différence, reconnaître l'existence d'un conflit de

7. DIEU F., « Le baptême, un événement ineffaçable », art. précit.

8. LIBCHABER R., « Limitation et auto-limitation... », art. précit.

9. *Ibid.*

normativités, peut permettre de procéder à des ajustements consentis de part et d'autre. Cela présente au moins le mérite d'ouvrir un espace de réflexion et d'éviter une cristallisation des positions (2).

1. INTERVENIR POUR MIEUX PROTÉGER LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DE RELIGION

Il n'est pas inutile, en préalable, de rappeler que la liberté de religion comporte deux dimensions, l'une collective s'accomplissant « sous la forme de cultes et rites organisés et codifiés dont les autorités ecclésiales sont les ordonnateurs et les gardiens »¹⁰ et sans laquelle la liberté de religion ne saurait s'épanouir, et l'autre individuelle. La dimension collective se situe par conséquent au niveau de l'institution ou du groupement religieux, alors que la seconde prend place au niveau du sujet-croyant, permettant l'exercice de sa liberté de convictions religieuses dans le respect de son autonomie de volonté.

Ces deux dimensions se complètent ; en principe elles n'entrent pas en concurrence car « dans une très large mesure elles [les religions de l'aire occidentale] ont accepté de subordonner le respect des commandements qu'elles édictent au consentement du fidèle renonçant de la sorte non pas tant à exercer un pouvoir législatif qu'à celui de contraindre dans l'exécution de la loi »¹¹.

La liberté de religion est à l'origine d'un système de relations en boucle entre l'État, les institutions religieuses et l'individu-croyant : la puissance publique s'interdisant de s'immiscer dans l'organisation interne des religions¹², protégeant à la fois la liberté de l'institution, mais également celle du sujet-croyant dans son rapport à l'institution religieuse, à l'État lui-même et aux autres (croyants ou non croyants) ; l'institution religieuse édictant de manière autonome ses propres règles, mais dans le respect de l'ordre public et de la volonté de ses fidèles ; ceux-ci se subordonnant à la règle religieuse, mais leur soumission à cette dernière est bornée d'un côté par le respect du droit commun (étatique)

10. GONZALEZ G., « L'autonomie ecclésiastique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2013, chron. n° 29.

11. MESSNER F., PRÉLOT P.-H., WOEHRLING J.-M. (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2^e éd. 2013, n° 185.

12. Sur les questions des relations entre État et institutions religieuses, nous renvoyons à l'ouvrage d'E. FOREY, *État et institutions religieuses, contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, PUS, 2007.

et de l'autre par le respect de l'autonomie de leur volonté. Examinant les relations entre droits internes des religions et normes juridiques de l'État, les auteurs du *Traité de droit français des religions* soulignent que la liberté de religion met la liberté de l'État à rude épreuve ; toutefois, « les religions de l'aire occidentale ont été également affectées par cette double montée en puissance de l'individualisme et de la liberté de conscience. Parcourues par des courants modernistes et libéraux, elles ont nuancé leurs prétentions à réguler la vie sociale, accepté une migration de la vie religieuse vers la vie privée, dans un cadre familial et communautaire. Dans ce cadre communautaire et même parfois familial, elles ont accepté que le principe de leur juridiction soit limité par celui de l'autonomie de la volonté des personnes adultes »¹³.

Le sujet-croyant est ainsi dépendant à la fois de son institution religieuse et de l'État, mais il est également distinct de ceux-ci dans l'exercice de sa liberté de religion. Le champ du droit privé des religions est riche d'illustrations de cette rétroaction, entre l'individu / l'État / les institutions religieuses, la mise en relation étant opérée de manière privilégiée par le juge judiciaire gardien de la liberté de religion (collective et individuelle), utilisant la loi commune et ses divers instruments pour promouvoir une solution dont il est espéré qu'elle conciliera des préoccupations divergentes. Le juge construit un pont entre religion et droit par le truchement de notions juridiques dont certaines, à géométrie variable, permettent l'articulation des deux domaines. Le droit privé des religions, qui se caractérise par des solutions de compromis, mobilise, selon le cas, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'abus de droit, l'intérêt de l'entreprise, ... non point au service d'une règle religieuse ou à son détriment, mais pour favoriser, encadrer, voire restreindre l'exercice de cette liberté constitutionnellement reconnue qu'est la liberté de religion. Le juge n'est pas, en effet, le garant de l'observation des lois religieuses, mais celui de la liberté de religion. En outre, le juge judiciaire ne doit pas faire produire d'effets civils à une règle religieuse (laïcité oblige) et il doit veiller à ne pas porter atteinte au principe de non-ingérence. C'est dans ce contexte qui enserre son action que son arbitrage est requis de plus en plus fréquemment par un phénomène de judiciarisation intersubjectif du religieux¹⁴.

13. MESSNER F., PRÉLOT P.-H., WOEHLING J.-M., *op. cit.*, n° 185.

14. « Il existe actuellement un glissement de la problématique des relations verticales vers une problématique des relations horizontales : le droit des religions, qui était caractérisé en France jusqu'à une période récente essentiellement par la question des relations avec l'État, est de plus en plus concerné par des problèmes de relations entre individus ou entre groupes. Cette tendance se manifeste notamment par la multiplication des contentieux intersubjectifs à caractère religieux, que ce soit à titre principal ou accessoire. » (MESSNER F., PRÉLOT P.-H., WOEHLING J.-M., *op. cit.*, n° 39).

Ainsi en droit de la famille, on s'interrogera sur la compatibilité du comportement religieux (faire baptiser l'enfant, procéder à sa circoncision, le faire participer au prosélytisme de son ou ses parent(s), refuser une transfusion sanguine pour motif religieux...) avec l'intérêt de l'enfant, la question étant, notamment, d'en évaluer l'impact sur son développement, son épanouissement, sa santé, sa moralité. Ou encore, dans le contentieux opposant deux époux de confession juive à propos du refus de délivrance du gueth, le mari récalcitrant pourra se voir reprocher un abus de droit permettant de sanctionner civilement le préjudice moral de l'épouse dont la liberté de religion est restreinte par un refus injustifié de son ex-époux (sur le plan civil), mais encore époux (du point de vue religieux). Le cas du gueth est particulièrement intéressant : lorsque la femme demande la condamnation de son mari à lui délivrer le gueth et ce, sous astreinte, cette demande de « nature religieuse », « ne peut pas être appréciée par la justice civile française soumise à son obligation de laïcité »¹⁵. En revanche, et c'est là l'essentiel du contentieux lié au gueth, lorsque la femme prouve qu'elle subit un préjudice du fait du retard injustifié et donc fautif de son mari dans cette délivrance, ce préjudice est réparé par les juridictions civiles. Or ce préjudice n'est autre que l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de se remarier religieusement, si elle n'a pas obtenu l'acte de répudiation. Le préjudice est moral, « en raison de l'atteinte portée à ses sentiments religieux et de l'impossibilité d'envisager une nouvelle union »¹⁶. Parfois, le mari invoque l'atteinte portée au principe de séparation des Églises et de l'État, l'action envisagée visant, selon lui, à le contraindre à délivrer le gueth. Ce à quoi les juridictions répondent qu'il s'agit seulement pour la femme « d'obtenir réparation du préjudice résultant du comportement abusif du mari »¹⁷. Le montant des dommages-intérêts alloué par le juge peut atteindre 8 000 euros, ce qui est tout de même conséquent et dissuasif.

15. CA Paris, 19 déc. 2007, JurisData n° 2007-351087.

16. CA Lyon, 9 mars 2006, JurisData n° 2006-29908.

17. CA Paris, 7 mai 2002, JurisData n° 2002-177358. Parmi les affaires liées au gueth, on citera également CA Versailles, 16 févr. 2012, JurisData n° 2012-002317 : « Que ce refus prolongé, sans motif légitime, laissant subsister le lien religieux entre les époux, a restreint la liberté que Sandra A. était en droit d'attendre du divorce civil et constitue dès lors un abus de droit engageant la responsabilité de Benjamin D. » ; CA Paris 24 mai 1994, JurisData n° 1994-021549 : « Les autorités judiciaires gardiennes des libertés individuelles et de la liberté de conscience sont compétentes pour apprécier le préjudice moral de la femme de religion israélite dont le mari a refusé pendant deux ans après le prononcé du divorce civil de lui délivrer le Guett, ou acte de répudiation. En l'espèce il y a bien abus de droit sanctionné par des dommages-intérêts alors que sans la délivrance de cet acte, la femme était dans l'impossibilité de contracter un nouveau mariage religieux ».

Dans les affaires de changement de prénom pour motifs religieux, le franchissement de la frontière entre droit et religion se fait par le viaduc de « l'intérêt légitime » de l'article 60 du Code civil¹⁸. Il est intéressant de noter dans ce cas précis que les « motifs » religieux avancés par les requérants ne sont pas forcément justifiés d'un point de vue strictement religieux (le port d'un prénom chrétien n'empêchant pas la pratique de la religion musulmane et l'accomplissement du pèlerinage à la Mecque, arguments fréquemment avancés). Mais ils sont entendus et reçus par l'autorité judiciaire qui ne vérifiera pas auprès d'experts religieux leur bien-fondé.

En droit du travail, c'est principalement l'intérêt de l'entreprise ou le « contact avec la clientèle » qui seront confrontés à la manifestation par un salarié de ses convictions religieuses (port d'un signe ou d'un vêtement religieux, refus de toucher des nourritures impures, de parler avec des collègues du sexe opposé, demande d'aménagements d'horaires pour raisons religieuses, de repas confessionnels ou de substitution...) ¹⁹. Les nécessités d'organisation du travail, le bon fonctionnement de l'entreprise, la préservation de son « image » participent de cette notion d'intérêt de l'entreprise et peuvent justifier des restrictions aux demandes de nature religieuse, à condition, bien évidemment, qu'elles soient fondées sur la nature des tâches à accomplir, proportionnées au but recherché et qu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La conciliation de l'intérêt de l'entreprise et des demandes religieuses des salariés est particulièrement complexe. Elle bute parfois non point contre la volonté contraire de l'employeur de faire une juste place aux convictions religieuses, mais contre la réticence d'un tiers, en l'occurrence le client. Tel est le cas du port du voile dans l'entreprise privée et à propos duquel on peut se demander, au cas d'espèce, si « le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique » constitue une exigence professionnelle

18. « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom ». Pour des illustrations, V. MESSNER F., PRÉLOT P.-H., WOEHLING J.-M., *op. cit.*, n° 1567 à 1571 ; et pour la prise en compte du changement de prénom dans l'hypothèse particulière d'une conversion, V. notre article, « La conversion au prisme du droit », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, 2014, <http://cerri.revues.org/1368> [consulté le 12 févr. 2016].

19. V. l'article de AUVERGNON Ph., « Les « revendications » du salarié en matière religieuse », *RDC*, n°63/1-2, *Relations de travail et religions*, 2013, p. 109 et s.

essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice²⁰.

Dans le domaine du droit privé des religions, on observe que la liberté religieuse individuelle est protégée de manière absolue lorsqu'il s'agit du for interne de l'individu. Les exemples sont nombreux et la jurisprudence unanime pour décider, par exemple, que le grief tiré de la religion de l'un ou l'autre époux, voire sa conversion, ne saurait fonder une demande en divorce²¹. En outre, l'essence de la croyance est nécessairement hors débat quel que soit le mouvement religieux ou la croyance en cause. Lorsque la religion est manifestée par des signes extérieurs et dès lors s'inscrit dans un rapport à l'autre, les limitations qu'apporte le juge à l'exercice de la liberté de manifester sa religion sont érigées pour protéger la conscience de l'autre, sa propre liberté, mais également pour sanctionner les perturbations que la pratique engendre le cas échéant sur la vie de couple, la famille, les enfants, ou encore la paix sociale dans l'entreprise. L'autorité judiciaire privilégiée dans l'immense majorité des cas, une analyse comportementale et des critères objectifs pour fonder sa décision²². Nul empiétement dès lors n'est à craindre de la part du juge étatique sur la pratique privée de la religion, sous réserve que celle-ci n'emporte pas des répercussions négatives sur l'environnement de l'individu-croyant.

La liberté de religion dans sa dimension individuelle et dans ses deux facettes (liberté du for interne et liberté du for externe) est bien protégée par un juge soucieux de son respect.

Toutefois, les demandes fondées sur la liberté religieuse individuelle ne prospèrent pas toujours et, soumises, par exemple, à l'épreuve du droit des contrats ou du droit des biens, la liberté religieuse cède, parfois, le pas : ainsi

20. Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19855, renvoyant cette question à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, au regard des dispositions de l'article 4§1 de la directive 78/2000/CE.

21. FORTIER V., *Justice, religions et croyances*, Paris, CNRS Éd., 2000 ; « La conversion au prisme du droit », art. cit.

22. Il faut rappeler ici la nécessité de procéder à une appréciation *in concreto* et par conséquent ne pas fonder la décision sur une appréciation générale et abstraite tirée de l'appartenance religieuse de l'une des parties. Dans l'arrêt *Palau-Martinez contre France* du 16 décembre 2003 (JCP G 28 janvier 2004, p. 185), la cour européenne a réaffirmé ce principe, dix ans après son arrêt du 23 juin 1993 (*Hoffman contre Autriche*) ; FORTIER V., « Le juge et le pluralisme religieux », *Les Cahiers de la justice*, ENM-Dalloz, 2009, n°4, p. 140 ; GONZALEZ G., « Le juge européen, le pluralisme religieux et les sectes », in FORTIER V. (dir.), *Le juge gardien, des valeurs ?*, CNRS éditions, 2007, p. 136 et s.

la force obligatoire du contrat²³, un règlement de copropriété²⁴ peuvent-ils supplanter cette liberté, car les pratiques dictées par les convictions religieuses ne peuvent faire irruption dans le contrat au moment de son exécution par le biais de l'obligation de bonne foi. En d'autres termes, une partie, même tenue d'exécuter loyalement le contrat, n'a pas le devoir d'en adapter le contenu aux préceptes et interdits religieux qu'observe son partenaire contractuel. Et la liberté religieuse, « pour fondamentale qu'elle soit, ne peut avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »²⁵. Ce sont ici l'intérêt collectif et la loi commune qui semblent prévaloir. De telles décisions ne sont pas toutefois à l'abri de la critique, notamment au regard d'une insuffisance de mise en balance des intérêts²⁶.

2. NOMMER LES CONFLITS DE NORMES POUR PROMOUVOIR UNE STRATÉGIE D'AJUSTEMENT

Dans un rapport daté de février 2013, le groupe de travail « Droits de l'homme et religions » constitué au sein de la Commission Droits de l'homme de la Conférence des OING du Conseil de l'Europe soulignait que « dans l'ère nouvelle qui s'est ouverte avec la fin des totalitarismes en Europe, la diversité culturelle et religieuse est devenue partout une donnée incontournable de la société. Cette diversité est la conséquence de la mondialisation, de l'émergence de nouveaux acteurs mondiaux dont les cultures ne sont pas occidentales et d'un immense mouvement de migrations de par le monde. Nous, Européens, nous sommes alors aperçus que la façon dont nous avons pensé, dit, inscrit les droits de l'homme dans des textes juridiques internationaux à valeur

23. Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, *RJPF*, avr. 2003, p. 9, note GARAUD E. ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. MESTRE J. et FAGES B.

24. Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, *Petites Affiches*, n° 133, 5 juill. 2006, note FENOUILLET D.

25. Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, précit.

26. FENOUILLET D., « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », *Petites Affiches* 5 juill. 2006, n° 133, p. 9 et s. : « L'atteinte à la liberté de conscience était ici bien réelle, puisque le règlement de copropriété empêchait purement et simplement les époux de confession juive de se conformer à leur religion, qui "prescrit" effectivement une telle édification. Il est vrai que les exigences de la Thora restent assez souples : la religion recommande certes de construire des cabanes et d'y vivre pendant sept jours ; mais en cas d'impossibilité, la construction peut n'être pas réalisée et l'habitation peut être limitée (ainsi en cas de fortes pluies...). Il n'en demeure pas moins que l'impératif juridique (ne réaliser aucune des constructions interdites au règlement de copropriété) empêchait purement et simplement les fidèles de satisfaire à l'impératif religieux. La limite à la liberté de conscience était donc assez grave. »

universelle se heurtait à nombre de pratiques et de conceptions culturelles, elles-mêmes enracinées bien souvent dans les religions ».

Tel est le cas emblématique de la circoncision rituelle à propos de laquelle une controverse a été ouverte faisant suite à la décision d'un tribunal allemand désormais bien connue²⁷. Commentant cette décision, Rémy Libchaber y voit une remise en cause de la retenue traditionnelle du droit étatique à l'égard des règles religieuses : « S'il devient invasif, plus qu'il ne l'était, on se retient mal de penser que c'est parce que l'idéologie des droits de l'homme exige de soumettre toute règle à son arbitrage, aussi éprouvée fut-elle. Il y aurait pourtant d'excellentes raisons de tenir certaines d'entre elles hors du contrôle étatique, si l'on excepte les hypothèses d'incompatibilité flagrante »²⁸.

Faut-il pour autant passer sous silence le conflit de normativités que cet acte, qui puise certes ses racines dans un passé immémorial, fait surgir ? Pour ne nous en tenir dans un premier temps qu'au droit français, la situation de la circoncision rituelle est complexe. Elle appelle un examen différencié selon le corpus juridique sollicité (droit de la santé, droit de la famille, droit de la responsabilité, droit pénal), mais les règles posées d'un point de vue strictement juridique convergent toutes vers sa remise en cause ou, à tout le moins, ouvrent un questionnement auquel le juriste ne peut se soustraire. Il en est de même du reste, dans nombre de pays, où la circoncision rituelle heurte le principe de l'inviolabilité du corps humain et le respect de son intégrité²⁹. Au-delà, la question de la circoncision rituelle met en lumière un double conflit de normes. Le premier oppose la norme juridique à l'impératif confessionnel, illustrant cette concurrence qui peut exister entre les ordres normatifs, puisque l'obéissance à la prescription religieuse consomme une atteinte à l'intégrité physique. Le second conflit de normes est intrinsèque au droit : c'est celui qui oppose justement le droit de l'enfant au respect de son intégrité physique, mais aussi de sa propre liberté religieuse, et les prérogatives détenues par les parents au titre de l'autorité parentale, de leur liberté éducative et de leur droit à élever l'enfant selon leur propre religion.

27. V. notamment notre article, « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », *Rev. Droit & Santé*, hors-série n° 50, 2013, p. 178 et s.

28. LIBCHABER R., « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044.

29. Telles sont les conclusions des juristes allemand, italien, espagnol, belge, turc, suédois, anglais, canadien réunis dans le cadre du projet IdEx (Université de Strasbourg) intitulé « De l'intimité des familles à la discussion publique : la circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité ».

De l'examen de la situation française à l'égard de la circoncision rituelle, il ressort très clairement qu'il n'est pas possible de conclure à une licéité de principe de l'acte, même s'il est médicalisé. Car, à tout le moins, la condition tenant au consentement du sujet fait défaut. Le droit de la famille, certes, encadre la pratique. En érigeant la circoncision rituelle en acte non usuel de l'autorité parentale, tout comme du reste le baptême de l'enfant et plus largement le choix de son éducation religieuse, en le qualifiant d'acte grave, il soumet l'accomplissement du rite à la co-décision des parents. Bien que les juges sanctionnent son exécution dans des conditions non respectueuses des droits de l'autre parent, la circoncision rituelle demeure une atteinte à l'intégrité physique du mineur. Enfin, si le droit pénal jusqu'ici n'a pas été mobilisé, toutefois certaines de ses nouvelles dispositions – par la généralité des termes utilisés – accroissent encore la fragilité de la situation de la circoncision rituelle³⁰.

Finalement et quel que soit l'angle juridique d'approche de la circoncision rituelle, le questionnement demeure irrésolu et la quête de certitude du juriste insatisfaite : faut-il conforter la pratique du rite au nom de la liberté des religions au détriment peut-être de celle de l'enfant ? Quel intérêt (de l'enfant, des parents, des religions) faut-il faire prévaloir ? L'impératif de sécurité juridique ne doit-il pas conduire à prendre une position dénuée d'ambiguïté ? Mais dans un tel cas de figure, des effets pervers ne doivent-ils pas être redoutés ?

L'opération d'identification de ces conflits de normativités, la mise en lumière du caractère *contra legem* de l'acte et du questionnement qu'il suscite au regard de la rationalité juridique n'impliquent pas nécessairement d'emprunter le chemin d'une interdiction. Le fait de lever le voile sur l'incompatibilité de certaines pratiques avec les corpus juridiques nationaux ou les droits de l'être humain ne doit pas être considéré comme une intrusion insupportable dans l'ordre interne des religions. La voie de la neutralité de l'État à l'égard de cette pratique nous paraît relever d'un contresens sur la signification même du concept de neutralité. Dès lors qu'une violation du droit est soulevée à propos de l'exécution d'un acte religieux, son admission sur la base de la neutralité n'est plus recevable. Au cas contraire, cela relèverait davantage d'une faveur accordée à telle ou telle religion, d'une exception dont celle-ci serait bénéficiaire au détriment peut-être d'autres croyances dont on ne tolérera pas le moindre écart à la norme juridique.

30. C. pén., art. 227-24-1.

La neutralité étant mise de côté, quels sont alors les autres moyens pour sortir de l'impasse ? *Ad minorem*, il conviendrait tout d'abord de mieux encadrer les conditions sanitaires de la pratique, en tenant également compte de la souffrance du petit enfant³¹. Toutefois, légiférer sur cette pratique comme a pu le faire l'Allemagne de manière positive, n'est pas exempt de danger lié à une inconstitutionnalité potentielle³². De manière complémentaire, il serait nécessaire de poursuivre le travail sur le terrain du principe de proportionnalité, en mettant en balance les divers libertés et droits fondamentaux en présence³³. Cette mise en balance permettrait d'intégrer non seulement les libertés de religion en concurrence (des parents, de l'enfant, mais également liberté des religions), le droit à l'intégrité corporelle de l'enfant, mais aussi de faire une part à l'environnement familial et sociétal de l'enfant, à son intérêt bien compris de pouvoir être inscrit dans sa communauté. Le « communautarisme » ou reconnaissance des appartenances serait alors pensé « non point comme une invitation au repli des communautés sur elles-mêmes, ni comme une apologie de la différence pour la différence », mais comme « la possibilité de concevoir un droit commun qui, par exemple au moyen de la dialectique du principe et de l'exception, soit apte à accueillir une diversité reconnue comme légitime par le corps politique »³⁴. Il s'agit de faire une part aussi à l'examen critique du rite, car comme a pu le rappeler A. Sen³⁵, « la liberté culturelle bien comprise c'est de savoir résister à l'approbation systématique des traditions passées, quand les individus voient des raisons de changer leur mode de vie », ajoutant qu' « il ne faut pas confondre d'une part la liberté culturelle, élément fondamental de la dignité de tous les peuples et d'autre part, la défense et la célébration de toutes les formes d'héritage culturel, sans chercher à savoir si les individus concernés choisiraient effectivement ces pratiques s'ils avaient la possibilité d'en faire l'examen critique ». Les religions ne doivent-elles pas s'inscrire dans une perspective d'évolution ? C'est, du reste, à un tel examen qu'invite A. Bidar à propos de l'islam : « Passons le Coran et les matériaux dogmatiques de l'islam au crible des droits de l'homme qui ont fait la preuve de leur universalité [...] ; Sortir de la religion, ce n'est

31. Comme l'ont fait, dans une certaine mesure, l'Allemagne et la Suède, par exemple.

32. Selon l'avis de Bernhard KRESSE, dans son rapport rédigé pour le projet IdEx précité.

33. Sur ce sujet, JAMIN Ch., « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », 30 mars 2015, www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/introduction_comparative_31563.html [consulté le 12 févr. 2016].

34. GUTMANN D., *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2000.

35. SEN A., « Le multiculturalisme doit servir la liberté », *Le Monde*, 30 août 2006.

pas évacuer le religieux mais réfléchir la religion comme un phénomène social et culturel parmi d'autres »³⁶.

D'autres exemples existent d'une contrariété au droit positif de certains droits religieux. Il en est ainsi de la problématique du nonaccès des femmes aux fonctions cultuelles dans les religions juive, orthodoxe, catholique et musulmane : « l'exclusion des femmes des fonctions de rabbin, de prêtre catholique et d'imam, toutefois non formulée en que telle dans les textes sacrés mais liée à une différenciation des "raisons d'être" de l'homme et de la femme »³⁷, heurte les principes d'égalité des sexes et de non-discrimination. Là encore la question est difficile car « contrairement à d'autres droits de l'homme, nous sommes dans un domaine où les considérations relatives aux convictions se chevauchent avec le temporel, où le sacré se mélange avec le social et le culturel et où l'irrationnel côtoie les exigences de la vie sociale et de respect des droits de l'homme »³⁸.

La complexité, liée aux enjeux en termes de liberté des religions et de droits humains, ne nous échappe pas. Elle nous engage à tout le moins à réfléchir à des stratégies d'ajustement, à des voies de règlement pacifiques respectueuses des droits de toutes les parties, qui sauvegarderaient des « poches de liberté » pour les religions et les pratiques privées, et dont l'État, le Grand Inquisiteur, ne se mêlerait pas.

36. Entretien publié sur [telerama.fr](http://www.telerama.fr/idees/abdenmour-bidar-pour-les-musulmans-l-atheisme-reste-un-tabou-complet,121765.php) le 25 janv. 2015, <http://www.telerama.fr/idees/abdenmour-bidar-pour-les-musulmans-l-atheisme-reste-un-tabou-complet,121765.php> [consulté le 12 févr. 2016].

37. Sur cette question, nous renvoyons à la thèse de doctorat de L. VEYRETOUT, *L'application des droits de l'être humain au sein des groupements religieux, recherches relatives à la question de la discrimination des femmes dans l'accès aux fonctions cultuelles*, Université de Strasbourg, janv. 2013.

38. Comme le souligne le Rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté de religion ou de conviction Abdelfattah AMOR dans son *Étude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions*, 5 avril 2002, pt. 28.