



Alessandro Ferrari

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nell'Università degli Studi dell'Insubria, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture)

“Droit européen” à la liberté religieuse et paradigmes des relations État-religions dans l'Europe contemporaine: une cacophonie épineuse *

The “European Right” to Religious Freedom and Paradigms of State-Religion Relations in Contemporary Europe: a thorny cacophony

The article examines the dialectic between European national models of religious freedom and the paradigm of religious freedom shaped in the international order and in particular by the human rights discourse. The analysis of the relationship between the modern - national-centered - and the contemporary - individual-centered - paradigm of religious freedom reveals, on the one hand, the difficult but inevitable osmosis between legal systems in a multilevel system of rights protection and, on the other hand, the deep transformation of religious freedom in contemporary Europe.

SOMMAIRE: 1. Introduction: paradigmes de relations et droit à la liberté religieuse, de l'identité à la tension - 2. Des paradigmes des relations État-Églises au droit à la liberté religieuse - 3. La force attractive des paradigmes dans le scénario européen contemporain - 4. Les paradigmes des relations État-Églises dans la nouvelle arène internationale - 5. Conclusion: une citoyenneté inachevée.

1 - Introduction: paradigmes de relations et droit à la liberté religieuse, de l'identité à la tension

L'importance contemporaine accordée aux paradigmes européens classiques des relations État-religion est directement proportionnelle à la perception de leur relative désuétude. Sur les vingt-sept États qui composent aujourd'hui l'Union européenne, seize font référence au paradigme concordataire¹, neuf sont séparatistes (simplement) parce qu'ils

* Il contributo, non sottoposto a valutazione, riproduce il testo - rivisto e aggiornato - della relazione tenuta in occasione dei “3^{èmes} Rencontres Droit et Religion” organizzati dalla Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université de Strasbourg sul tema *La liberté de religion en débats* (9 novembre 2018, Strasbourg - MISHA) ed è destinato alla pubblicazione nei relativi Atti.



n'ont pas d'accords avec les confessions religieuses² et trois ont une Église nationale³. Toutefois, ces données ne nous disent plus grand-chose. En effet, si l'on considère ces paradigmes en tant que synthèses des approches contemporaines du phénomène religieux, ils s'avèrent plutôt décevants, voire dépassés. Même si l'on se concentre sur ceux d'entre eux qui apparaissent plus classiques et définis, les systèmes concordataires et ceux à Église nationale, on remarquera immédiatement leurs nombreuses apories et exceptions car ils ne sont plus du tout cohérents dans leurs structures fondamentales. Les paradigmes n'ont pas disparu, mais ils se sont transformés et développés en formes hybrides, mixtes où des aspects typiques de différents modèles peuvent se mélanger, en rendant ambiguë la fonction taxonomique de ces idéaux-types. Séparation, concordat et Églises reconnues peuvent ainsi coexister à l'intérieur des mêmes frontières; les régimes d'autorisation et de reconnaissance sont bien ancrés partout⁴ et les concordats, grâce aussi au paragraphe 3 de l'article 17 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ont trouvé de nouvelles formes et justifications. Quant à la France, concordataire et séparatiste à la fois, elle laisse émerger, avec la neutralité-laïcité post-2004⁵, une nouvelle forme paradigmatique à part entière⁶. Ainsi, de nouvelles nomenclatures se multiplient dans l'effort de réduire à un seul système la complexité contemporaine. Le *Pew Forum*, par exemple, parle de "religions

¹ Allemagne, Autriche, Croatie, Espagne, Estonie, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovénie. La France est comptée aussi parmi les pays séparatistes.

² Belgique, Bulgarie, Chypre, France, Irlande, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie et Suède.

³ Danemark, Finlande et Grèce. Cf. **G. ROBBERS, W. COLE DURHAM** (dir.), *Encyclopedia of Law and Religion*, vol. 4, *Europe*, Brill, Leiden, 2016. Sur les paradigmes classiques de relations État-Églises (le modèle séparatiste, le modèle concordataire, le système des Églises nationales ou dominantes, le modèle des Églises corporations de droit public), cf. le classique de **Y. LAMBERT**, *Denominational Systems and Religious States*, en *Research in the Social Scientific Study of Religion*, 7, 1996, pp. 127-143.

⁴ Cf. **I.C. IBÁN**, *Europa, diritto, religione*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 89-97.

⁵ En référence à la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁶ Cf. le Rapport *Les relations entre l'État et la religion et leur incidence sur la liberté de religion ou de conviction* du 28 février 2018, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/49 (1 février 2021).



officielles”, “non officielles” ou “privilégiées”⁷; le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction des Nations Unies repère des “États ayant adopté des religions officielles ou privilégiées”⁸, des “États qui ne s’identifient pas à une religion” et des “États ayant une perception négative du rôle de la religion dans la vie publique”⁹. En résumé, les systèmes de relations du passé Westphalien et État-centrique ne gardent leur rôle de paradigmes idéaux-typiques qu’au prix de grandes abstractions et, par conséquent, de simplifications forcément toujours un peu grossières. Ils sont loin d’épuiser toute la dynamique d’un droit à la liberté religieuse qui, dans son développement universaliste, dépasse les frontières nationales en se définissant désormais par d’autres critères à commencer par les trois principes soulignés par Silvio Ferrari et Norman Doe: la primauté de la dimension individuelle, le respect de l’autonomie religieuse et la coopération entre État et communautés religieuses¹⁰.

Pourtant, à y regarder de plus près, la réalité est plus nuancée et certainement plus complexe. Quelques siècles (pour les plus anciens) après leur mise en œuvre, en effet, les paradigmes des relations État-religion rappellent encore l’indissociable relation entre droit à la liberté religieuse et souveraineté étatique et leurs transformations contemporaines reflètent également les transformations de cette même souveraineté. Plus précisément, les paradigmes européens des relations État-religion apparaissent comme les racines d’un droit à la liberté religieuse qui a développé dans le temps une nature amphibie de plus en

⁷ Cf. <http://www.pewforum.org/2017/10/03/many-countries-favor-specific-religions-officially-or-unofficially/> (dernier accès: 1 février 2021).

⁸ Cette catégorie est à son tour fort complexe en comprenant “d’un côté [les États] dans lesquels la démarcation entre gouvernement et affaires religieuses est presque imperceptible (“États confessionnels”) et de l’autre, ceux qui s’identifient à une religion ou la privilègient tout en maintenant une frontière marquée entre religion et État (“États de type laïque”)", n. 19.

⁹ Cf. le Rapport *Les relations entre l’État et la religion et leur incidence sur la liberté de religion ou de conviction* du 28 février 2018, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/49 (4 février 2021). En exaltant les vertus du paradigme de la non-identification entre État et religions, le Rapporteur oppose à ce modèle idéal non seulement le paradigme de la “religion d’État”, répandu spécialement en terre d’islam, mais aussi une “laïcité doctrinale” devenue familière dans le Vieux Continent: ns. 29, 80 et 89.

¹⁰ **S. FERRARI**, *Models of State-Religion Relations in Western Europe*, en **A.D. HERTZKE** (dir.), *The Future of Religious Freedom: Global Challenges*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2013, pp. 202-214, et **N. DOE**, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 14-39 et 259-261.



plus contradictoire. En effet, d'une part, le droit à la liberté religieuse remplit la fonction d'équilibrage d'une souveraineté plurielle et partagée, qui ne concerne plus seulement l'État-nation, mais aussi les individus, les communautés et les organismes internationaux: une souveraineté complexe, multi-niveaux, visant à une protection tendanciellement universelle, standardisée et intégrée des droits de l'homme. D'autre part, ce même droit continue néanmoins de se fonder sur l'inconscient d'une souveraineté monolithique et structurée selon l'altérité foncière d'une sphère étatique bien distincte et hiérarchiquement supérieure à une sphère religieuse, ce qui continue à donner au droit à la liberté religieuse un caractère spécial et sensible aux contextes nationaux spécifiques, ce qui empêche sa totale sécularisation et, donc, son assimilation aux "autres" droits de l'homme ainsi que sa simple universalisation standardisée¹¹.

Le fait est que, si le droit à la liberté religieuse a montré une grande complicité avec le processus de globalisation et la souveraineté diffusée qui lui est reliée, les paradigmes des relations État-religion gardent, de façon tenace, la mémoire du lien de causalité entre l'affirmation de la suprématie des États modernes et l'apparition du droit à la liberté religieuse lui-même; le souvenir de la simultanéité schmittienne, *hic et nunc*, entre l'autonomie des institutions collectives du politique et la confessionnalisation-domestication du religieux¹². En d'autres termes, ce que les paradigmes des relations État-religion nous rappellent, c'est leur rôle de berceau du droit à la liberté religieuse avec lequel ils partagent la cristallisation à partir d'un moment historique très spécifique de l'histoire européenne: l'âge westphalien. À cette époque, en effet, les paradigmes des relations État-religions et le droit de liberté religieuse deviennent des outils pour la délimitation des frontières de la sphère religieuse, une délimitation visant à réserver la représentation des intérêts religieux à des institutions confessionnelles spécialisées et dessaisies de la seule souveraineté admise, réservée aux États-nations.

Ce lien étroit entre paradigmes et droit à la liberté religieuse a connu une première fissure vers la moitié du XIX^e siècle avec l'affirmation de l'individu et, donc, de la dimension individuelle du droit à la liberté

¹¹ C'est, par ailleurs, que la gestion du COVID-19 a aussi révélé dans toute l'Europe, avec la difficulté à accepter les limitations au droit de liberté religieuse et à bien les distinguer de ses "suspensions"; l'assimilation entre *secular* et *religious gathering* et la tendance à une gestion "concordataire" de ces derniers: cf. *COVID-19 y libertad religiosa*, J. MARTINEZ-TORRON, B. RODRIGO LARA (ed.), Iustel, Madrid, 2021.

¹² Cf. Ph. PORTIER, *Citoyenneté et laïcité en France. Parcours d'un siècle*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, n. 1, p. 73.



religieuse et la définition d'un paradigme séparatiste qui représentait la métabolisation institutionnelle d'un nouveau modèle sociétal. Un siècle plus tard, la connexion entre paradigmes et droit à la liberté religieuse a expérimenté une autre révolution avec le constitutionnalisme globalisé de l'après-Deuxième Guerre mondiale et sa reconnaissance des souverainetés plurielles. En effet, le constitutionnalisme contemporain a relativisé et finalisé la primauté étatique moderne au service des droits de l'homme tandis que l'inclusion de la liberté religieuse à l'intérieur de la perspective universaliste de ces derniers l'a émancipée des anciens paradigmes nationaux¹³.

Ces transformations ont creusé un fossé entre la liberté religieuse en tant que droit humain universel et la liberté religieuse en tant que marqueur paradigmatique des identités institutionnelles nationales. En particulier, la primauté de l'individu contrebalancée par la reconnaissance de la cotitularité du droit à la liberté religieuse des communautés religieuses elles-mêmes a marginalisé les paradigmes traditionnels État-centriques, justifiés seulement s'ils se conforment aux standards des nouveaux droits constitutionnels.

Toutefois, l'histoire n'est pas finie et l'ampleur des revendications individualistes et communautaires, qui élargissent les frontières du droit à la liberté religieuse au-delà de ce qui est perçu comme acceptable pour la primauté de la souveraineté des États, et la cohésion de la société qu'ils façonnent, font resurgir les anciens paradigmes, ces vestiges de l'âge d'or de la souveraineté étatique qui refusent de libérer ce droit de l'attraction à leur masse gravitationnelle.

2 - Des paradigmes des relations État-Églises au droit à la liberté religieuse

L'essor de la souveraineté étatique westphalienne représenta un séisme pour le paradigme concordataire médiéval. En effet, sous le masque de la

¹³ Cette schématisation est complémentaire des trois étapes du droit à la liberté religieuse identifiées par Silvio Ferrari. Selon cet auteur, une première étape résiderait dans l'affirmation de la *libertas ecclesiae*, la liberté institutionnelle des confessions religieuses. Une deuxième étape se retrouverait dans l'affirmation de la primauté de la dimension individuelle de ce droit, progressivement ouvert aussi à la protection des consciences non religieuses et, enfin, la troisième étape coïnciderait avec la sécularisation du droit à la liberté religieuse suivie de sa reconnaissance en tant que droit de l'Homme parmi d'autres: **S. FERRARI**, *La libertà di religione nell'epoca della diversità*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, n. 1, p. 283-293.



conservation de l'harmonie gélasienne traditionnelle entre l'épée ecclésiastique et l'épée séculière, les concordats modernes venaient plutôt à exprimer la vaporisation d'une souveraineté ecclésiastique que la Réforme avait délégitimée de l'intérieur, en relégitimant, au contraire, un autre paradigme très ancien, celui des Églises nationales césaropapistes. Le concordat devenait, du côté de l'Église catholique, le faible signe de la résilience de sa souveraineté et, du côté de l'État, une étape transitoire tant que le rôle public institutionnel de son homologue confessionnelle était encore nécessaire à son salut temporel.

Au tournant de 1848 ce modèle westphalien vécu le premier grand changement avec une définition du droit à la liberté de religion plus largement partagée sur le continent européen et un véritable pluralisme religieux initial qui dépassait les contraintes anachroniques des accords de la guerre de Trente Ans¹⁴. Cette année-là, en effet, au cœur de l'Europe, l'article 5 de l'Acte confédéral allemand, avec la disparition simultanée de l'Église d'État, l'affirmation de l'État de droit et des droits de l'individu, annonçait l'inexorable affirmation d'un nouveau type de "religion", fonctionnelle par rapport à la modernité Européenne occidentale¹⁵ et la métabolisation du passage de l'appartenance à l'affiliation religieuse déjà affirmé par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française de 1789¹⁶. L'identité religieuse devenait, ainsi, une composante éventuelle, disponible, partielle et individuelle d'une identité civile qui s'émancipait des anciennes classifications. Comme l'écrivait le

¹⁴ Hinschius notait comment, aussi pour des nouveaux aménagements de territoire, pas seulement les différentes dénominations chrétiennes mais aussi les juifs étaient de plus en plus mélangés et intégrés dans l'espace civique européen: **P. HINSCHIUS**, *Esposizione generale delle relazioni fra lo Stato e la Chiesa*, in *Biblioteca di Scienze politiche diretta da A. Bruniati*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1892, VIII, pp. 585 et 612. Les musulmans, en revanche, n'étaient pas encore considérés dans la partie Ouest du Vieux Continent. En effet, dans son Mémoire présenté à la deuxième session de l'Institut international de statistique à Paris, Fournier de Flaix comptait en septembre 1889, sur 346 millions d'européens, 160 millions de catholiques, 89 millions d'orthodoxes, 80 millions de protestantes, 6 millions de juifs et ... 0 musulman: *Statistica delle religioni*, en *Biblioteca di Scienze politiche diretta da A. Bruniati*, cit., pp. 1344-1345.

¹⁵ Cf. **A.K. MOLNÁR**, *The Construction of the Notion of Religion in Early Modern Europe*, en *Method & Theory in the Study of Religion*, 14, 1, pp. 47-60.

¹⁶ Comme cela est bien connu, l'art. 10 de la Déclaration disposait que "Nul ne doit être inquiété pour ses *opinions*, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". Cf. **B. BASDEVANT-GAUDEMET**, *Évolutions historiques: de l'appartenance à l'affiliation?*, et **J.-P. WILLAIME**, *Sociologie de l'affiliation*", en **F. MESSNER** (dir.), *L'affiliation religieuse en Europe*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2017, pp. 27-40 et 13-25.



juriste berlinois Paul Hinschius à la fin du XIX^e siècle, les “deux pierres angulaires des relations État-Églises” devenaient “1. Le principe de souveraineté de l’État et 2. Le principe de liberté de conscience et de religion”¹⁷. La souveraineté de l’Église avait disparu et la mémoire de la lutte entre ordres juridiques de l’époque westphalienne était oubliée. Si les institutions étatiques et ecclésiastiques étaient les gestionnaires des frontières du droit de liberté religieuse du passé, à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle les individus, appelés, au-delà de leurs credo, à un pacte exclusif de loyauté à l’égard des autorités séculières, sont l’interlocuteur principal des États. Dans ce contexte, le droit à la liberté religieuse, entièrement compris à l’intérieur de l’ordre juridique étatique, avec un caractère antidiscriminatoire et émancipateur qui le distinguait des vieux paradigmes, devenait une (ou même *la*) condition essentielle pour la construction d’un système politique et d’une citoyenneté nouveaux résumés par un tout aussi nouveau paradigme séparatiste. La conséquence de cette transformation était que les anciens paradigmes des relations État-Églises et le nouveau droit à la liberté religieuse ne coïncidaient plus. Toutefois, si le caractère individuel du droit à la liberté religieuse, avec sa potentialité universaliste, marginalisait les anciens paradigmes nationaux et relativisait le nouveau paradigme séparatiste, il risquait en même temps d’entrer en conflit avec la fonction de garant de l’ordre public national que le droit de liberté religieuse était censé remplir¹⁸. Et, d’autre part, la “liberté comme en Belgique”¹⁹ - et donc la Séparation elle-même - si elle était un mantra récurrent elle n’était jamais parfaitement réalisée, pas même dans la Belgique mythique de la Constitution de 1831²⁰. Bien souvent, en effet, le nouveau paradigme

¹⁷ P. HINSCHIUS, *Esposizione generale*, cit., p. 638 (tdA).

¹⁸ Cf., pour une perspective contemporaine de la tension entre le paradigme français (la laïcité) et l’article 9 de la CEDH, P.-H. PRELOT, *La liberté religieuse en France. Un état des lieux*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, n. 1, pp. 43-44.

¹⁹ *La Liberté comme en Belgique, ou la défense des droits civils consacrés par la charte: journal constitutionnel* était le nom du journal fondé par Hippolyte de Régnon (1785-1863) en 1844 et qui défendait l’idée de l’impossibilité de concilier Concordat et Charte constitutionnelle de 1830.

²⁰ Par ailleurs, au-delà de ceux qui se moquaient du fait que la France devait employer quarante-quatre articles pour proclamer sa séparation des cultes avec la loi de 1905, Hauriou même admettait la possibilité de désigner comme séparatiste un système concordataire (cf. aussi F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* [1924], il Mulino, Bologna, 1992, p. 383) et dans ses *Principes de droit public*, il distinguait entre une “séparation mitigée avec concordat” et une “séparation absolue sans



devenait plutôt la source d'un droit à la liberté religieuse "de nécessité", destiné à dépasser les contraintes de l'ignorance formelle d'une séparation transformée, paradoxalement, en la preuve de l'impossibilité pour l'État d'ignorer le "caractère propre" des institutions ecclésiastiques et des pratiques religieuses²¹. Par ailleurs, le nouvel État libéral et séparatiste ne pouvait pas, on peut dire ontologiquement, éviter toute dialectique avec ses citoyens et, s'il utilisait le droit à la liberté religieuse pour les émanciper de leurs Églises, il commençait aussi à percevoir les risques de la perte du rôle performatif et ordonnateur vis-à-vis de la société joué par les anciens paradigmes²².

Quoi qu'il en soit, la fin du XIX^e siècle voit la marginalisation des paradigmes des relations État-Églises par rapport à un droit à la liberté religieuse considéré comme l'expression de la souveraineté d'un État encore largement inconscient de la force expansive de la normativité individuelle et sociétale. C'est dans la première moitié du XX^e siècle qu'on verra encore ces paradigmes mobilisés par les régimes totalitaires en tant qu'instruments de coercition vis-à-vis d'une société en ébullition, prétendant le maintien des promesses d'un libéralisme épuisé.

3 - La force attractive des paradigmes dans le scénario européen contemporain

Que reste-t-il aujourd'hui de cette histoire? D'une part, la marginalisation des paradigmes des relations État-Églises par rapport à un droit à la

concordat" (F. RUFFINI, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, pp. 388-399). Encore plus explicite F. MEJAN, *La solution concordataire d'ensemble*, en AA. VV, *La laïcité*, PUF, Paris, 1960, pp. 401-434.

²¹ D'autre part Maurice Hauriou parlait, à ce propos, d'une vraie "fiction d'ignorance légale": M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, p. 399. Cf. aussi P. HINSCHIUS, *Esposizione generale*, précit., pp. 625-637 et 677-684.

²² C'est à partir de ce moment que la perception d'une dialectique nouvelle entre individus et État donne lieu à la réflexion sur les limites de l'action étatique. Quand Hinschius écrit que "(L)'État ne peut pas faire naître de zéro dans l'esprit des individus le sentiment moral dont dépend la véritable moralité de l'action humaine" (P. HINSCHIUS, *Esposizione generale*, précit., p. 647, *tdA*) il déclenche un discours qui aboutira, un siècle après, à la maxime de E.-W. Böckenförde sur l'État libéral qui vit sur des présupposés qu'il ne peut pas, par lui-même, garantir: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* [1967], éd. par M. NICOLETTI, Morcelliana, Brescia, 2006. Cf. aussi F. ALICINO, *Atheism and the Principle of Laïcité in France. A Shifting Process of Mutual Adaption*, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, précit., 2018, n. 32, p. 9 et s.



liberté religieuse globalisé où individus et États sont les principaux protagonistes²³. D'autre part, la résistance de ces mêmes paradigmes à s'évanouir à l'intérieur d'un (totalement) nouveau droit contemporain à la liberté religieuse. Cette dynamique révèle que le processus de sécularisation a des limites et que les acquis de la modernité ont une persistance lavoisierienne: ils ne disparaissent pas mais, plutôt, ils se stratifient en dessous des nouvelles données de la contemporanéité²⁴. La souveraineté étatique, premier acquis de la modernité, ne peut pas accepter de s'exposer aux risques entropiques d'un pluralisme illimité. C'est la fonction de limite que se trouve à remplir aujourd'hui le droit à la liberté religieuse lui-même puisqu'il ne peut pas consentir à la souveraineté individuelle ou communautaire ce que les vieux paradigmes nationaux ne permett(ai)ent pas aux Églises. Au-delà des nomenclatures désormais épuisées, la globalisation a ainsi réactivé la fonction état-centrique des vieux paradigmes des relations État-Églises vis-à-vis du droit à la liberté religieuse. En effet, la fragilisation des équilibres traditionnels a touché le nerf le plus sensible de la souveraineté étatique en rétablissant la fonction d'ordre public que le droit à la liberté religieuse partage avec les anciens paradigmes.

Toutefois, cette reconversion contemporaine d'un droit à la liberté religieuse qui semble renier son éthos émancipateur du dernier siècle et demi ne fait que remettre en évidence la tension et la diversité originale de ce droit par rapport aux paradigmes eux-mêmes. Un exemple de cette tension se retrouve, avant tout, par rapport aux deux modèles plus anciens et aux caractères les plus nets, le paradigme de l'Église d'État et le paradigme concordataire.

²³ Avec un certain recul par rapport à la reconnaissance de la dimension collective-institutionnelle de la liberté religieuse typique du modèle européen, cette approche est bien exprimée par le Rapport de l'ONU de 2018 (cf. *Les relations entre l'État et la religion et leur incidence sur la liberté de religion ou de conviction*, préc.) là où il affirme que: "(l)État doit reconnaître que la liberté de religion ou de conviction appartient à l'individu et non au groupe en tant que tel" (n. 84). En même temps, le même Rapport lie les paradigmes des relations État-Églises à la définition d'un droit à la liberté religieuse respectueux des membres des "minorités religieuses", ce qui souligne soit la persistance des anciens modèles, soit les limites d'une approche rigidement individualiste. Cf. aussi **J. FOX**, *A World Survey of Religion and the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 et son projet *The Religion and the State project* (<http://www.thearda.com/ras/>).

²⁴ Cf. **M. SCHERER**, *Beyond Church and State. Democracy, Secularism, and Conversion*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 97 et suiv.



Le moins apprécié aujourd'hui par les organismes internationaux²⁵, le paradigme de l'Église d'État, représente la forme la plus symbolique et primitive de l'affirmation de la souveraineté de l'État sur la souveraineté religieuse. La résilience de la variante la plus significative de ce modèle, celle du Danemark, a été à l'origine, en mars 2016, de la première visite en Europe du rapporteur spécial pour la liberté de religion et de conviction des Nations Unies²⁶. Le rapport qui a suivi et la réponse du gouvernement danois sont exemplaires. D'une part, on note l'appel du rapporteur à dépasser le poids sociétal des privilèges de l'Église d'État au nom d'un droit à la liberté religieuse fondé sur l'autonomie religieuse, la non-discrimination et le pluralisme²⁷. De l'autre, apparaît la crainte d'une fragilisation de l'Église nationale, qui pourrait perdre ou renoncer à son rôle de médiateur vis-à-vis de nouvelles présences religieuses et donc, aussi, à son rôle de soutien "psychothérapeutique" de l'identité du pays²⁸. D'où la position du gouvernement danois qui - selon une interprétation assez similaire à celle suivie aussi, dans un contexte concordataire, par la Cour constitutionnelle italienne²⁹ - distingue de l'article 67 de la Loi constitutionnelle, consacrée à un droit à la liberté religieuse interprété en suivant les standards du droit international contemporain, le paradigme des relations État-Églises et, donc, le système de l'Église nationale pour en déduire sa nécessité, bien que potentiellement temporaire, face à un pluralisme trop marqué³⁰.

La gestion du pluralisme religieux est le thème qui met en tension aussi le droit à la liberté religieuse et le paradigme concordataire. À

²⁵ Cf. Rapport du 28 février 2018, précit., nn. 76-78 et 89.

²⁶ Cf. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/442/36/PDF/G1644236.pdf?OpenElement> (4 février 2021).

²⁷ *Ibidem*, nn. 70-75.

²⁸ Craintes et réactions similaires ont été à la base de la faillite, en Grèce, de l'Accord Tsipras-Ieronymos qui avait entamé, en 2018, une réforme du régime juridique de l'Église Orthodoxe de ce pays: cf. E. MARTINELLI, *La riforma incompleta: l'Accordo 6 novembre 2018 nei rapporti tra Repubblica Ellenica e Chiesa Ortodossa*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 2, pp. 333-349.

²⁹ Cf. le n. 5. 1 de la décision n. 52 du 2016 (<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=52>) qui a bien distingué entre jouissance du droit à la liberté religieuse et jouissance du statut de confession religieuse "concordataire". Pour les questions liées, dans le droit italien à la liberté religieuse, à cette interprétation voir R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, R. MAZZOLA, P. FLORIS (eds.), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, il Mulino, Bologna, 2020.

³⁰ Cf. Rapport *Les relations entre l'État et la religion et leur incidence sur la liberté de religion ou de conviction*, préc., nn. 9-10 et 46-48 sur le Danemark.



l'époque contemporaine, ce paradigme a subi une dégradation et, en même temps, un succès considérable, en passant de la représentation des relations entre *societates perfectae* à la négociation corporative tout court. En effet, aujourd'hui, une grande partie des anciens privilèges concordataires ont été banalisés: ils sont parfois régis d'une manière unilatérale par les États et souvent utilisables par toutes les confessions religieuses ou même indépendamment de toute appartenance religieuse³¹. De surcroît, en ce qui concerne les activités non reconnues comme spécifiquement religieuses, l'ancien droit réservé aux confessions concordataires apparaît plus restrictif, plus rigide, et donc plus défavorable que le droit commun garanti aux sujets non confessionnels. La fiction des *res mixtae* est inutile: tout relève de la compétence de l'État³². On pourrait dire que ces transformations du paradigme concordataire ne reflètent que le rétrécissement du droit à la liberté religieuse lui-même et son attraction par d'autres droits plus généraux. Cependant, l'apparition de nouvelles questions (par exemple celle des données sensibles), le nouveau contexte dans lequel se situent les matières concordataires traditionnelles (financement public; enseignement; statut des nouveaux ministres du culte ...) ainsi que l'aspiration des nouveaux groupes religieux de passer du droit à la liberté religieuse aux avantages concordataires sur un plan d'égalité avec les anciennes Églises, donnent à ce paradigme un nouveau rôle dans la définition et l'encadrement du religieux. En particulier, un nouveau rôle d'instrument pour relier la jouissance d'un droit à la liberté religieuse "positif" à la loyauté envers l'État³³. La gestion publique de la

³¹ Cf. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Cuarenta años de libertad religiosa en España: una mirada retrospectiva*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, n. 1, p. 30.

³² Cela a été particulièrement évident en Italie dans la gestion de la reprise des célébrations religieuses publiques après la première phase du COVID-19, culminée avec des Protocoles signés entre autorités publiques et religieuses dont la forme et les contenus étaient loin d'emphatizer l'autonomie religieuse même dans les questions plus intimement liées à la pratique liturgique: cf. A. FERRARI, *La liberté religieuse en Italie au temps de la pandémie* en *La liberté de religion aux temps du Coronavirus*, webinar organisé par l'équipe Droits et Religions de l'UMR DRES (Université de Strasbourg/CNRS): <https://dres.misha.cnrs.fr/spip.php?article670> (5 février 2021), et A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, précit., n. 18 du 2020, pp. 1-26.

³³ Pour une position qui va dans cette direction, en liant prestations positives du droit à la liberté religieuse à une bilatéralité concordataire politiquement discrétionnaire et sélective, cf. P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, précit., n. 41 du 2017, p. 18, et, sur le couple loyauté/légalité, voir Ch. JOPKE, *Europe and Islam: Alarmists, Victimists, and Integration by Law*, in *West European Politics*, 37, 6, 2014, p. 1330, mais aussi, avant la Cour



"question musulmane" en Europe est bien révélatrice à cet égard. Lorsque le pluralisme et l'islam ne paraissaient pas encore si "effrayants", la généralisation progressive des anciennes normes dérogatoires concordataires était interprétée en tant qu'expression de la substantialisation du principe d'égalité et de la légitimité des différences religieuses à l'intérieur de sociétés pluralistes. Ce qui était rendu possible par un droit à la liberté religieuse capable de porter sur de terrains nouveaux les anciens paradigmes. Mais, dès que le pluralisme et l'islam (ou vice-versa) sont apparus comme une menace dangereuse et centrifuge pour la souveraineté de l'État et que les mesures dérogatoires envers les religions ont commencé à être perçues avec une suspicion croissante, le concordat (re-)devient plutôt un instrument de domestication, de reconnaissance politique discrétionnaire et sélective des religions les plus utiles à la cohésion sociale. Le paradigme concordataire contemporain révèle, ainsi, à l'instar du paradigme des Églises nationales, deux dynamiques différentes, mais convergentes. D'un côté, il renforce sa dimension État-centrique et sa polarisation par rapport à un droit à la liberté religieuse universaliste, centré sur l'individu et ouvert aussi aux communautés éloignées du modèle "Église". De l'autre côté, l'épuisement et la réduction de la fonction de pluralisation des concordats vont de pair avec la faible disponibilité étatique vis-à-vis des exigences moins conformistes des consciences religieuses et, donc, avec la sécularisation du droit de liberté religieuse lui-même³⁴. Dans tous les cas, en fin de compte, ces transformations n'indiquent pas une mutation de la fonction des concordats, mais elles en révèlent plutôt son essentialisation. Comme on l'a déjà observé, plus que des régulateurs des frontières entre ordres juridiques souverains - l'autonomie des confessions religieuses est de plus en plus assimilée à celle des entités juridiques privées³⁵ - les concordats deviennent aujourd'hui des outils de négociation d'intérêts (en tout cas perçus comme tels) entièrement compris dans la sphère de compétence de l'État, qui est d'ailleurs le seul, au départ, à définir, et, ensuite, à choisir librement ses co-contractants "religieux".

constitutionnelle allemande, dans un période plus favorable pour le droit à la liberté religieuse, l'avis rendu par le Conseil d'État italien sur le statut de Témoins de Jehovah du 30 juillet 1986, <https://www.olir.it/documenti/parere-30-luglio-1986-n-1390/> (2 février 2021).

³⁴ **M.-TORRÓN**, *Cuarenta años*, précit., pp. 30 et 34.

³⁵ **M.-TORRÓN**, *Cuarenta años*, précit., pp. 29-30.



Cette confrontation aux défis du pluralisme concerne aussi un autre paradigme historique, proche des deux précédents, celui des Églises corporations de droit public, héritières de l'Église westphalienne. Or, d'une part, la Cour constitutionnelle allemande, avec plus de force que le gouvernement danois et avec plus de force que la Cour constitutionnelle italienne, soutient la théorie du *Religionsverfassungsrecht*, pour laquelle la reconnaissance des Églises par l'article 140 de la Constitution de Weimar doit être lue en fonction de l'article 4 de la Loi fondamentale et, donc, du droit à la liberté religieuse³⁶. Par conséquent, suivant cette interprétation, qui établit une claire hiérarchie entre la souveraineté constitutionnelle contemporaine orientée vers la protection des droits fondamentaux et l'ancien paradigme corporatiste, la reconnaissance d'une corporation de droit public ne devrait plus dépendre d'évaluations politiques ou de considérations sur la loyauté ou la proximité de la confession religieuse par rapport à l'État, mais d'un contrôle moins discrétionnaire sur le respect de la légalité par le groupe religieux qui demande la reconnaissance. Cette orientation ne fait cependant pas l'unanimité. En effet, les défenseurs d'une souveraineté étatique westphalienne, pour lesquels le statut corporatiste n'est pas une traduction du droit à la liberté religieuse mais plutôt un pilier d'un *Staatskirchenrecht* qui confie aux "confessions reconnues" la tâche de combler le vide de sens qui affaiblit l'État, ne manquent pas. Il va sans dire qu'en suivant cette approche, seule une Église chrétienne, compatible avec la modernité et la sécularisation, peut jouer ce rôle à plein titre, sans autre examen. L'influence du *Staatskirchenrecht* s'exerce aussi sur la liberté religieuse individuelle, avec les interdictions sélectives du port du voile des enseignantes musulmanes imposées par certains Länder et qui ont forcé la Cour constitutionnelle à réaffirmer son interprétation "unitaire" visant à reconnaître, ensemble, la constitutionnalité d'un paradigme traditionnel des relations État-Églises ouvert à expériences religieuses nouvelles et la centralité des égales libertés individuelles³⁷.

³⁶ Ch. JOPPKE, *Religion and Loyalty in a Non-Laic Regime*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2016, n. 1, p. 89 et suiv. Toutefois, pour une interprétation plus identitaire du régime corporatiste, cf. H.M. HEINIG, *The Concept of Religious neutrality under German Constitutional Law: General Problems and Current Debates*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, n. 1, pp. 57-67.

³⁷ Est à noter l'attention de la Cour constitutionnelle allemande consistant à bien cibler les limites de la neutralité étatique - et donc de la légitimité des interdictions du port du voile - en distinguant, par exemple, entre système scolaire, où le voile des enseignantes peut être admis et système judiciaire où il peut ne pas l'être (cf. décision n° 13 du 27 février 2020, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/>



Finalmente, c'est le paradigme de la séparation qui, bien qu'étant le plus récent, semblerait le plus transformé. Il semble même avoir disparu de l'horizon des relations État-religion. Le fait est que, si une séparation radicale n'a jamais réellement existé, aujourd'hui, son sens est devenu très différent. En effet, avant tout, la séparation en tant qu'autonomie réciproque du politique et du religieux a été remplacée par une osmose de plus en plus évidente entre les deux sphères, une osmose qui traduit à la fois, sur le plan des faits, la liquéfaction des institutions de la modernité et, sur un plan déontique, surtout le volontarisme des États séparatistes (France en tête³⁸) visant à réactiver les mécanismes de contrôle juridictionnel et à domestiquer les (nouvelles) religions sur le modèle institutionnel ecclésiastique en vue de servir une cohésion civique ébranlée³⁹. De façon comparable, même la séparation en tant qu'ignorance, indifférence ou neutralité n'est plus celle qu'elle était. Pierre-Henri Prélot a bien démontré l'effacement des marqueurs traditionnels de la séparation: de l'interdiction du financement public à la jurisprudence sur l'article 28 de la loi de séparation française de 1905 et, en sens inverse, à la remise en cause de la visibilité sociale des religions, en particulier de l'islam⁴⁰. Comme dans une matriochka, la séparation a été englobée par la laïcité, et

01/rs20200114_2bvr133317.html;jsessionid=05234DD8EEF34C06D7E52BC832FDA03A.1_cid 370). Joppke note, cependant, une attitude plus floue de la part des juges administratifs, parfois tentés de recourir à des notions comme celle de "citoyen responsable" pour limiter un pluralisme considéré comme trop accommodant: **Ch. JOPPKE**, *Religion and Loyalty*, précit., p. 95).

³⁸ En France, le mot séparation - plus précisément dans sa déclinaison de "séparatisme islamiste" - a été utilisé par le Président de la République Emmanuel Macron pour inaugurer une nouvelle phase de cette séparation volontariste qui tend à reporter sur les "religions centrifuges", et notamment sur (certaines interprétations de) l'islam, la responsabilité des défaillances de la politique dans la construction des liens sociaux: cf., pour commencer <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/02/18/proteger-les-libertes-en-luttant-contre-le-separatisme-islamiste-conference-de-presse-du-president-emmanuel-macron-a-mulhouse> (2 février 2021).

³⁹ À l'intérieur de cette dynamique, il est intéressant aussi d'observer la revitalisation d'anciennes notions institutionnelles comme celle des "ordres différents" évoquée avec emphase par le Président de la République française Emmanuel Macron dans son discours à la l'Église catholique: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/04/09/discours-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-a-la-conference-des- eveques-de-france-au-college-des-bernardins> (20 février 2020) où le Président de la République affirmait que "(L)'État et l'Église appartiennent à deux ordres institutionnels différents, qui n'exercent pas leur mandat sur le même plan. Mais tous deux exercent une autorité et même une juridiction".

⁴⁰ **P.H. PRELOT**, *La liberté religieuse en France*, précité, p. 46.



cette dernière, par une neutralité dont Jean Rivero n'aurait pu imaginer ni la force homologatrice ni sa "conquête de l'ouest", décrite par Stéphanie Hennette-Vauchez qui parle d'un principe pour l'organisation des pouvoirs publics transformé en programme axiologique⁴¹. Ces transformations révèlent le blocage, face aux religions perçues comme non conformes aux valeurs communes de l'État-nation, de la tentative de faire du paradigme séparatiste un paradigme *transeunte*, destiné à être dépassé par la plus jeune encore laïcité constitutionnelle associée à un droit à la liberté religieuse globalisé⁴². Loin de devenir une *thin promotion* de la garantie du pluralisme, la neutralité-laïcité a fini par agir plutôt comme *thick limit* des droits - et des souverainetés - ressenti(e)s comme échappant au pouvoir façonnant de l'État⁴³. Comme l'expliquait inconsciemment la référence à la "modernisation" dans le titre de la proposition de réforme

⁴¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les nouvelles frontières de la laïcité: la conquête de l'Ouest?*, en *Revue du Droit des Religions*, n. 4 2017, pp. 19-32. En effet, pour Jean Rivero on était "très loin de la laïcité conçue comme ignorance du fait religieux, très loin, même, de la laïcité qui se borne à tolérer l'exercice des cultes". La conviction était que "l'État laïque, en tant que tel, a contracté, à l'égard de ses citoyens une obligation, celle de leur permettre de suivre les impératifs de leur conscience". La conséquence pour l'État constitutionnel de l'après-Seconde Guerre mondiale était "de s'équiper pour faire face à cette obligation; et ce n'est pas seulement une faculté que sa laïcité lui laisse, c'est une obligation qu'elle lui impose: la neutralité n'est pas seulement le devoir de rien faire qui puisse attenter à la liberté des opinions religieuses, elle a un contenu positif, elle emporte le devoir de permettre, à ceux qui ont opté, de suivre leur opinion": J. RIVERO, *De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative*, en *La laïcité*, PUF, Paris, 1960, p. 278 suiv.

⁴² Cette perspective apparaît claire à la Constituante française de 1946 quand Maurice Schumann, catholique promoteur de l'insertion de la laïcité en Constitution (en lieu de de la séparation) affirmait que l'État "a le devoir, alors que la nation est composée de personnes que n'ont pas les mêmes croyances, de permettre à chacun des citoyens de vivre conformément aux exigences de sa conscience. Il en résulte que la doctrine de la neutralité - ou, pour mieux dire, l'impartialité de l'État, à l'égard des croyances de tous les membres de la communauté nationale - ne saurait se concevoir comme une contrainte restrictive, que cette contrainte ait un caractère politique ou qu'elle ait un caractère économique, mais comme une garantie de véritable liberté"; en effet, il continuait, "en votant pour la laïcité, nous votons, en même temps pour la neutralité c'est-à-dire contre toute philosophie d'État, pour la liberté de conscience", in *Annales de l'Assemblée Nationale Constituante élue le 2 juin 1946*, 2 séance du 3 septembre 1946, pp. 3474-3476. Il était donc conséquent par François Méjan de rappeler que le principe de séparation n'avait plus la "préférence depuis 1940, et nonobstant le principe constitutionnel de "laïcité" explicitement proclamé, depuis 1946": F. MEJAN, *La laïcité française en droit positif et en fait*, dans l'ouvrage collectif *La laïcité*, cit., p. 229.

⁴³ Sur la tension entre *thick* et *thin* moral cf. M. WALZER, *Morale maximale, morale minimale*, Bayard, Paris, 2004.



de la loi de séparation présentée en octobre 2018 par le député Olivier Becht, il s'agit, en fait, du retour en force, dans le monde contemporain, des paradigmes de la modernité⁴⁴. C'était donc probablement une mission impossible que celle tentée par Jean Baubérot en 2005 avec la *Déclaration universelle sur la laïcité au XXI^e siècle*⁴⁵. Avec cette Déclaration, en effet, le grand interprète de la laïcité française avait essayé d'arrimer à l'universalisme contemporain des droits qui en avait assuré sa constitutionnalisation en 1946, une laïcité de plus en plus kidnappée par une narration idéologique nationaliste. De l'universalisme des droits qui semblait encore formellement gagnant en 1989⁴⁶ on est passé à un universalisme interprété par une marge d'appréciation à la française, devenu capable de gagner les juridictions européennes⁴⁷ et dont l'Allemagne - le pays qui a le plus essayé de constitutionnaliser son paradigme des relations État-religion⁴⁸ - a paradoxalement commencé à payer les frais⁴⁹. En effet, la neutralité-laïcité a persuadé les juridictions européennes de la gravité des menaces sur la souveraineté étatique provenant de forces religieuses susceptibles de fragiliser la structure binaire du contrat de citoyenneté fondé sur le rapport exclusif État-

⁴⁴ Cf. la Proposition de loi n. 1314 "portant *modernisation* de la laïcité et des relations entre l'État et les cultes" déposée à l'Assemblée nationale le 17 octobre 2018 et visant à "encadrer, *a minima*, la manière dont les religions s'organisent sur le territoire national", <http://www.assemblee-nationale.fr/15/propositions/pion1314.asp> (2 février 2021).

⁴⁵ https://www.lemonde.fr/idees/article/2005/12/09/declaration-universelle-sur-la-laicite-au-xxie-siecle_719649_3232.html (2 février 2021).

⁴⁶ Les conclusions du Commissaire du gouvernement David Kessler dans l'affaire Kherouaa (2 novembre 1992) peuvent être vues comme le chant du cygne de la saison universaliste fondée sur la primauté de la laïcité de droit: cf. *Revue française de droit administratif*, 9/1, 1993, p. 118 et s.

⁴⁷ En réfléchissant à la décision *SAS c/France*, Gérard Gonzalez observe comment la CEDH «manipule le consensus européen en jugeant qu'il n'y a pas de "consensus européen contre l'interdiction" plutôt que de retenir un consensus positif d'absence d'interdit puisque des 47 États du Conseil de l'Europe la France et la Belgique (étaient) les seuls à avoir légiféré sur le sujet. Elle abdique ici sa propre conception implicite du "vivre ensemble" au profit d'une conception nationale isolée»: G. GONZALEZ, *La notion de "vivre ensemble" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la liberté de religion*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2016, n. 1, p. 104.

⁴⁸ Cf., par exemple, Ch. JOPPKE, *Religion and loyalty*, cit., p. 92 et s., sur la question du voile.

⁴⁹ Cf. les derniers arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne GS C- 414/16, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung* et (17 avril 2018) et C-68/17, *IR v. JQ* (11 septembre 2018).



individu⁵⁰. Les arrêts “allemands” de la Cour de Justice de l’Union européenne, lus avec les arrêts “(belgo-)français” de la même Cour de 2017⁵¹, font ressortir une option théologico-politique précise, qui fait prévaloir la logique d’une intégration aveugle aux différences non pas seulement sur une neutralité et liberté religieuse “positives” mais aussi sur une neutralité abstentionniste classique⁵². Cette logique réserve à l’État et - à certaines (généreuses) conditions - aux organisations perçues comme toutes internes à son ordre juridique, comme les entreprises privées, la faculté de restreindre les libertés d’opinion - et la liberté religieuse en particulière - par l’intermédiaire du filtre de la nouvelle neutralité-laïcité. Au contraire, lorsque ces mêmes libertés sont limitées par des institutions se référant (aussi) à un ordre juridique externe à celui de l’État, comme les institutions à caractère religieux, l’appel aux espaces de spécialité qui leur est reconnu par le droit séculier n’exempte pas ces dernières d’un contrôle étatique restrictif et anesthésiant. Un contrôle fonctionnel du déploiement du pouvoir émancipateur originaire vers l’individu qui ne se manifeste pas avec pareille envergure vis-à-vis des organisations se référant à la *lex mercatoria*.

4 - Les paradigmes des relations État-Églises dans la nouvelle arène internationale

Le succès sur la scène européenne du paradigme laïque-séparatiste français révèle le nouvel horizon où s’inscrivent aussi les autres paradigmes des relations État-Églises. En fait, leur étanchéité ne dépend plus seulement de l’exclusive volonté des États-nations comme le paragraphe 1 de l’article 17 du TFUE voudrait le faire croire. La légitimité des paradigmes doit se confronter avec leur capacité à faire face à un droit à la liberté religieuse dont la force est directement proportionnelle à son universalisation.

À cet égard, cinq considérations générales sont possibles.

⁵⁰ Cf. A. OLLINO, *Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks*, in “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, cit., n. 31 du 2018.

⁵¹ Cf. affaires C-157/15, G4S Secure Solutions et C-188/15, Bougnaoui et ADDH.

⁵² Cf. S. NINATTI, M.E. GENNUSA, *Cittadinanza europea e religioni*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2016, n. 1, pp. 55-72 et, sur les différences entre “neutralité indifférence” et “neutralité pluralisme”, déjà P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, Paris, 1994, p. 176-179. Sur la “neutralité positive” voir P.H. PRELOT, *La liberté religieuse*, cit.



Premièrement, toutes les organisations internationales qui concernent au plus près les pays européens (Organisation des Nations unies, Conseil de l'Europe, Union européenne) laissent aux États-nations le choix des paradigmes, en reconnaissant ainsi qu'universalité ne rime pas encore avec souveraineté⁵³.

Deuxièmement, bien qu'elles se gardent d'exprimer une option préférentielle précise, les instances internationales semblent préférer les paradigmes "modérés" et "ouverts", éloignés, à la fois, des paradigmes à religion d'État plus rigides et - et cela se répète de plus en plus - d'une "laïcité doctrinale" considérée comme trop attirée par des limitations excessives au droit à la liberté religieuse. Cette position modérément ouverte est typique, avant tout, de l'Organisation des Nations Unies et de l'Assemblée du Conseil de l'Europe⁵⁴.

Troisièmement, la préférence pour les paradigmes à traction individualiste, mais ouverts à la reconnaissance du pluralisme semble d'autant plus forte et répandue que nous nous éloignons de la souveraineté, selon une ligne décroissante qui, du sommet des Nations Unies (qui n'ont pas hésité à contredire les interdictions européennes du voile et de la burqa⁵⁵), parvient à l'Assemblée du Conseil de l'Europe et au

⁵³ Comme le précise le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction dans son Rapport du 28 août 2017 "(A)ucune relation spécifique entre État et religion n'est prévue en droit international" (n. 23). De même, la CEDH en ayant à maintes reprises affirmé que "(C)omme pour la "morale", il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société" a conclu que "les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation" en la matière (cf., par ex. le § 50 de la décision *Otto Preminger-Institut c. Autriche*, no. 11/1993, CEDH, jugement du 23 août 1994, ainsi que le § 171 de la décision *Sindicatul Păstorul cel bum c. Roumanie*, CEDH [GC], du 9 juillet 2013).

⁵⁴ Cf., en particulier le Rapport du Rapporteur spécial des NU du 28 février 2018 déjà mentionné. L'Assemblée du Conseil de l'Europe a aussi tenté, à plusieurs reprises, d'adoucir la "laïcité doctrinale" par la proposition d'une "laïcité de reconnaissance" ouverte aux "aménagements raisonnables", inspirés par un "vivre ensemble" (autre "marque" française bien exporté) compatible avec la reconnaissance du pluralisme: cf. Résolution 2076 (2015) *Liberté de religion et vivre ensemble dans une société démocratique*, ns. 6, 7, 8 et 13.3.

⁵⁵ Cf. les deux Constatations adoptées dans la session du 2-27 juillet 2018 par le Comité des droits de l'homme au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2747/2016, d'ailleurs en ligne avec l'orientation déjà manifestée par le même Comité dans les affaires *R. Singh c. France* (CCPR/C/102/D/1876/2009) et *B. Singh c. France* (CCPR/C/106/D/1852/2008) vis-à-vis de la loi française n° 2004-228 du 15 mars 2004 "encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics".



Parlement européen, pour arriver à la Cour des Droits de l'Homme et enfin, à la Cour de Justice de l'Union européenne et à la Commission européenne⁵⁶.

Quatrièmement, comme on l'a déjà observé, les États-nations ne sont pas simplement sur la défensive face à la pression internationale pour faire évoluer leurs paradigmes, mais sont passés à la contre-attaque en interprétant ces derniers comme des instruments d'influence dans l'espace international. Le cas français offre le cas d'espèce le plus éloquent. Protégée des influences extérieures excessives à la frontière de l'ordre juridique national par la décision du Conseil constitutionnel de 2004⁵⁷ et légitimant, avec une attention bienveillante aux apories national(ist)es, son système hybride, concordat-séparatiste, par une autre décision de 2013⁵⁸, la France a bien accueilli les Protocoles 15 et 16 ajoutés à la Convention européenne des droits de l'homme. Avec le Protocole 15, les États ont vu reconnaître leur marge d'appréciation en tant que traduction du principe de subsidiarité; avec le Protocole 16, les mêmes États ont la possibilité de voir consacrée leur propre interprétation des droits fondamentaux grâce à la nouvelle procédure de demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme. Cinquièmement, le succès international du nouveau paradigme de la neutralité-laïcité ne doit pas nous surprendre. Bien mieux que des paradigmes concordataires vétustes et que ceux de l'Église d'État et encore mieux que le paradigme séparatiste, qui porte encore le souvenir de l'ancien dualisme institutionnel entre État et Églises, c'est à la neutralité-laïcité qu'est confiée la bataille décisive contre un droit à la liberté religieuse globalisé. Son caractère individualiste, et donc en syntonie avec la sensibilité onusienne, mais aussi son attitude rigidement binaire qui place les individus directement face aux États, rendent ce nouveau paradigme bien en position de répondre au besoin de modernité des États contemporains.

⁵⁶ Cf. la position du Parlement européen - et de la CEDH - vis-à-vis des mesures hongroises restrictives des libertés, même religieuses (Résolution du 12 septembre 2018 à l'égard des risques manifestes de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_FR.html, ns. 37-39) et le "rôle de frein" joué à la même occasion par le Conseil européen (<https://institutdelors.eu/publications/les-procedures-de-l'article-7-contre-la-pologne-et-la-hongrie-quels-effets-concrets/> - 20 février).

⁵⁷ Cf. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

⁵⁸ Cf. Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, et **P.H. PRELOT**, *La liberté religieuse*, cit., pp. 44-47.



5 - Conclusion: une citoyenneté inachevée

La centralité assumée par un droit constitutionnel de liberté religieuse conçu dans sa dimension universaliste de droit de l'Homme n'a pas réussi à impliquer ni un chevauchement ni la disparition des paradigmes nationaux des relations État-religion dans la sphère juridique. La progressive définition d'un instrument juridique moins discrétionnaire et à perspective universaliste a rendu, plutôt, plus aiguë la polarité avec les paradigmes des relations État-Églises, instruments (plus) politico-nationalistes de la liberté religieuse. Les institutions européennes ont cherché à aménager cette polarité en produisant un mouvement pendulaire parfois plus proche d'interprétations équilibrées, inspirées par l'idée de souveraineté constitutionnelle contemporaine, parfois plus sensibles à une plus nette prévalence - et même un durcissement - des vieux paradigmes de la modernité. En effet, la globalisation et la peur qu'elle engendre ont compliqué le rôle d'inclusion pluraliste et universaliste joué par le droit à la liberté religieuse soit en ralentissant sa déspecialisation soit en favorisant son absorption par d'autres droits plus généraux soit en entraînant l'assouplissement des paradigmes politiques traditionnels. D'une part, les nouvelles présences religieuses, mais aussi parfois - il ne faut pas l'oublier - les athées et les agnostiques, sont encouragés à devenir les premiers partisans des anciens paradigmes confessionnels, vus comme les instruments nécessaires d'inclusion et d'égalisation par rapport aux confessions historiques. D'autre part, face aux revendications nouvelles et aux craintes d'un effet *slippery slope* lié à un droit à la liberté religieuse "illimité", l'État rend plus sélectif le recours aux anciens paradigmes devenus les gardiens de la spécialisation confessionnelle et les garants du religieux, même individuel, tels qu'ils sont admis dans la sphère publique. Ce recadrage État-centrique est particulièrement évident dans la nouvelle direction protectionniste prise par les trois piliers du "droit européen de liberté religieuse": la primauté de la dimension individuelle, l'autonomie confessionnelle et la coopération entre États et communautés religieuses. Le retour à une interprétation du droit à la liberté religieuse comme représentation et défense des identités nationales relie, ainsi, les "deux poumons" de l'Europe en transformant le droit à la liberté religieuse en un droit d'identité collective. En effet, aux défis que certaines interprétations religieuses holistes - ou, comme on dit aujourd'hui en France, séparatistes - posent au constitutionnalisme européen, les États européens sont tentés d'opposer une identité égale et contraire, pour preuve de la résilience de la primauté de leur souveraineté.



Le modèle de citoyenneté sorti du tournant de 1848 a disparu, mais l'autre, esquissé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, doit encore s'affirmer.